Münster 1937 No 5 a Jur Diss

§ 181 BGB in seiner Anwendung auf die vom Vertreter sich selbst erteilte Zustimmung und die Berechtigung seiner Anwendung im Familienrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Gerda Kreuzer
Gerichtsreferendarin
aus Duisburg-Hamborn

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

§ 181 BGB in seiner Anwendung auf die vom Vertreter sich selbst erteilte Zustimmung und die Berechtigung seiner Anwendung im Familienrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Gerda Kreuzer
Gerichtsreferendarin
aus Duisburg-Hamborn

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Referent: Herr Prof. Dr. Hallermann
Korreferent: Herr Prof. Dr. Kaser.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

1. Teil:

§ 1: Die Aufgabe des ersten Teils. 1

§ 2: Die Rechtsnatur der Zustimmung. 4

I. Ausgangspunkt: Der allgemeine Begriff des Rechtsgeschäfts in Anwendung auf die Zustimmung.

II. Ausgangspunkt: Die Stellung der Zustimmung innerhalb des Gesamtgeschäfts.

1. Die Zustimmung als Bestandteil des Gesamtgeschäfts
2. Die Zustimmung als Rechtsbedingung für das Wirksamwerden des Gesamtgeschäfts.

III. Ergebnis.

§ 3: Die Zustimmung als Rechtsgeschäft zwischen Vertreter und Vertretenem. 22

§ 4: Die Anwendbarkeit des § 181 BGB. auf das Rechtsgeschäft der Zustimmung bei Abgabe der Zustimmungserklärung durch den Vertreter: 24

I. sich selbst gegenüber,

II. dem Dritten gegenüber.

2. Teil:

§ 5: Die Aufgabe des 2. Teils. 31

§ 6: § 181 BGB. in seiner Anwendung auf die Erbteilung zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und seinen minderjährigen Kindern. 32

I. Die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten des § 181 BGB. auf diesem Gebiet.

II. Die Rechtslage nach geltendem Recht.

III. Die bisher gemachten Abhilfevorschläge und die gegen sie bestehenden Bedenken.

§ 7: § 181 BGB. in seiner Anwendung auf die Schenkung des Inhabers der elterlichen Gewalt an sein minderjähriges Kind. 38

I. Die beiden möglichen Anwendungsfälle,

II. Die bestehende Rechtslage und die Abhilfeversuche.

§ 8: Kritik des geltenden Rechtszustandes. 40

Seite:

I. Sonstige ähnlich liegende Anwendungsfälle des § 181 BGB.

II. Das Bedenkliche der bestehenden Rechtslage.

III. Die Fragestellung.

§ 9: Die Folgerungen für die Anwendung des § 181 BGB. aus dem Gegensatz zwischen bisherigem und zukünftigem Familienrecht. 49

§ 10: Die Anwendung des § 181 BGB. bei der Bevormundung eines Ehegatten durch den andern. 54

I. Der bestehende Rechtszustand.

II. Die Zwiespältigkeit des Eherechts im BGB.

III. Die Forderungen des neuen Rechtsdenkens.

§ 11: Vorschlag für eine Gesetzesänderung. 58

§ 12: Die Anwendung des § 181 BGB. auf den Vormund nach geltendem und zukünftigem Recht. 62

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff:	Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1930.
Bauer-Mengelberg:	Anmerkung zu der RG.-Entscheidung in der Jur. Wochenschrift, Jahrg. 1931, S. 2229.
Biermann, Johann:	Bürgerliches Recht, Bd. I, Berlin 1908.
Biermann, Johann:	Zur Lehre von Vertretung und Vollmacht, in der Festgabe für Dernburg, Leipzig 1900.
von Blume:	Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts, in Jher. J. 48, S. 417 ff.
Bodenheim:	Vom Selbstkontrahieren des gesetzlichen Vertreters, Seuff. Bl. 75, S. 454 ff.
Boettger, Walter:	Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Diss. Marburg 1931.
Bourier:	Zur Auslegung des § 181 BGB., in D. Not. V. 13, S. 553 ff.
Bourier:	Bestellung von Kinderhypotheken, in D. Not. V. Neue Folge 17, S. 86 ff.
Bourier:	Zur Frage der Teilungspfleger, in D. Not. V. 18, S. 369 ff.
Breit James:	Die Geschäftsfähigkeit, Bd. I, Leipzig 1903.
Burth:	Beseitigung der Teilungspflegerkalamität, in D. Not. V. 12, S. 149 ff.
Crome, Karl:	System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen und Leipzig 1900.
Dennler:	Verfügungen der Ehefrau über eingebrachtes Gut als Bevollmächtigte ihres Mannes, in ZBl. FG. 4, S. 331 ff.
Dernburg, Heinr.:	Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußen, 3. Aufl., Halle 1906.
Dernburg, Heinr.:	Pandekten, Berlin, 1. Bd. 1884, 2. Bd. 1886, 3. Bd. 1887.
Dopatka, Max:	Umfang und Wirkung des Selbstkontrahierens, Diss.. Breslau 1909.
Du Chesne:	Wann bedarf es eines, wann mehrerer Teilungspfleger? in D. Not. V. 1918, S. 165 ff.
Eichler, Herm.:	Vom alten zum neuen Erbrecht, in: Deutsches Recht 1936, S. 270 ff.
Enneccerus:	Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1888.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, Marburg 1931.

Eltzbacher, Paul: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem Recht, Bd. 1, Berlin 1903.

Fischer: Familie u. Erbe, Berlin 1935.

Flender, Friedrich: Die Bedeutung des § 181 BGB. für Personenvertreter, Sachvertreter und Organe, Diss. Münster 1913.

Fuchs: Die rechtliche Stellung eines Ehegatten als Vormund des andern, in Seuff. Bl. 75, S. 333 ff.

von Gusnar, Karl-Heinz: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, Diss. Leipzig 1929.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, Bd. 2, 5. Aufl., Berlin 1929.

Hafner: Vertretung mehrerer Minderjähriger, in ZBl. FG. 10, S. 203 ff.

Hafner: Zur Beseitigung der Teilungspflegerkalamität, in ZBl. FG. 12, S. 632 ff.

Hangen: Auseinandersetzung zwischen Minderjährigen ohne widerstreitende Interessen, in DJZ. 02, S. 267 ff.

Hanke, Günter: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach dem BGB., Diss. Breslau 1927.

Hellwig: Besprechung von Hupka: Die Vollmacht, in ZZP. 29, S. 526.

Hellwig: Grenzen der Rückwirkung, in Gießener Festschrift für die juristische Fakultät zum Universitätsjubiläum 1907.

Hölder, Eduard: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, München 1906.

Hoeniger: Kann der Generalbevollmächtigte im Namen des Vertretenen für seine eigene Schuld bürgen? in DJZ. 1910, S. 1347 ff.

Hupka, Josef: Die Vollmacht, Leipzig 1900.

Huther: Kann die Ehefrau über eingebrachtes Gut unbeschadet der Vorschrift des § 181 BGB. verfügen, wenn sie die nach § 1395 BGB. erforderliche Einwilligung des Mannes dazu auf Grund einer von ihm ausgestellten Vollmacht in seinem Namen dem andern Teil gegenüber erklärt? in ZBl. FG. 4, S. 182 ff.

Huther: Verfügung der Ehefrau über eingebrachtes Gut als Bevollmächtigte ihres Mannes, in ZBl. FG. 4, S. 331 ff.

Isay, Hermann: Vollmacht und Verfügung, in Arch. ziv. Prax. N. F. 25, S. 195 ff.

Isay, Hermann: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900.

Joutz, Friedrich:	Die Vertretung eines Ehegatten durch den anderen, insbesondere als Vormund desselben, Diss. Gießen 1904.
Karlowa, Otto:	Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877.
Kohler, Josef:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Berlin 1906.
Krückmann, Paul:	Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl., Berlin 1929.
Krückmann, Paul:	Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 3, S. 83 ff. Berlin und Leipzig 1929.
Lange, Heinrich:	Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, in: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, herausgegeben von H. Franck, München, S. 933 ff.
Lange, Heinrich:	Liberalismus, Nationalsozialismus u. Bürgerliches Recht, Berlin 1935.
Lehmann, Heinrich:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 3. Aufl., Berlin u. Leipzig 1929.
Levis:	Der Vormundschaftsrichter u. der Pflichtteilsanspruch des Minderjährigen gegen den elterlichen Gewalthaber, in ZBl. FG. MS. 685 ff.
Lenel:	Stellvertretung und Vollmacht, in Jher. J. 36, S. 1 ff.
Leonhard, R.:	Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.
Ludewig, Wilhelm:	Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922.
Manigk, Alfred:	Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Manigk, Alfred:	Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, in Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, Heft 5, Breslau 1901.
Marcus:	Die Vertretung mehrerer Minderjähriger, in ZBl. FG. 9, S. 172 ff.
Marx, Georg:	Die Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, Diss. Breslau 1911.
Mitteis, Ludwig:	Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1885.
Mugdan:	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899.
Muskat, Emil:	Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, in ZHR. 33, S. 507 ff.
Oberneck:	Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl., Berlin 1904.

Oertmann, Paul: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1927.
Oertmann, Paul: Die Rechtsbedingung, Leipzig u. Erlangen 1922.
Planck: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl., Berlin 1913.
Pietzker: Über den Begriff der aufschiebenden Bedingung, in Arch. ziv. Prax. 74, S. 462 ff.
Predari: Komm. zur Grundbuchordnung, Berlin 1901.
Predari: Zwei Fragen aus dem Gebiete des Geschäftsabschlusses in sich selbst, in Gruch. 63, S. 675 ff.
Raape: Zustimmung und Verfügung, in Arch. ziv. Prax. Neue Folge, 1, S. 257 ff.
Raape: Verfügungsvollmacht, in Arch. ziv. Prax. N.F. 3, S. 194 ff.
Raape: Anm. zu der RG.-Entscheidung, in JW. 34, S. 1043.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.
Rinck, Gerd: Pflichtwidrige Vertretung, in Neue Deutsche Forschungen, Bd. 92, Berlin 1936.
Rohde: Die Rechte des Mannes am Frauenvermögen und die Vormundschaft über die Frau, in ZBl. FG. 11, S. 133 ff. N
Rohde: Wann genügt bei Erbauseinandersetzungen zwischen Minderjährigen ein gesetzlicher Vertreter? in ZBl. FG. 14, S. 325 ff.
Rosenberg, Leo: Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
Salinger: Die Pflegschaft im Fall der Behinderung des Gewalthabers oder Vormundes, in JW. 1903, S. 60 ff.
Schleicher: Zur Frage der Teilungspfleger, in D. Not. V. 1919, S. 165 ff.
Schloßmann, Siegmund: Die Lehre von der Stellvertretung, Leipzig, Bd. 1, 1900, Bd. 2, 1902.
Schneider: Mündelvertretung bei Erbteilungen, D. Not. V. 1911, S. 639 ff.
Siber, Heinrich: Das Buchrechtsgeschäft, Tübingen 1909.
Siebert, Wolfgang: Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht, in: NS.-Handbuch, S. 957 ff.
Siebdraht: Der Einfluß des § 181 BGB. auf die Vertretungsmacht des Gewalthabers, des Vormundes und des Pflegers, in ZBl. FG. 02, S. 507ff.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl., Stuttgart 1931.
Sprinz: Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Diss. Erlangen 1907.
Staudinger: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl., Berlin, München und Leipzig 1936.

von Tuhr:	Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München und Leipzig 1918.
von Tuhr:	Zum Begriff der Verfügung nach BGB., in Arch. ziv. Prax. 117, S. 193 ff.
Urban, Eduard:	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, Diss. Straßburg 1907.
Warneyer:	Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 1930.
Weyl:	Einwilligung, Genehmigung und Zustimmung im BGB. und HGB., in Bayr. Z. 4, S. 53 ff.
Wieacker, Franz:	Familiengut und Erbengemeinschaft, in Deutsches Recht, 1936, S. 275 ff.
Walsmann:	Der Verzicht, Berlin 1912.
Wunderlich:	Schenkungen des Gewalthabers an die seiner Gewalt Unterworfenen, in JW. 02, S. 284 ff.
Zitelmann, Ernst:	Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in Arch. ziv. Prax. 99, S. 1 ff.

Abkürzungen.

Arch. bürg. R.	= Archiv für bürgerliches Recht.
Arch. ziv. Prax.	= Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Degenkolb und Hartmann, Freiburg.
Bayr. Not. Z.	Zeitschrift für das Notariat, die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Grundbuchwesen in Bayern, herausgegeben von Dennler, München.
Bayr. Ob. LG.	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
D. Not. V.	= Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Halle.
FGJ.	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Johow und Ring.
Gruch.	= Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Predari u. Schlegelberger, Berlin.
Iher. J.	= Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Ehrenberg, Mitteis und Siber, Jena.
JW.	= Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Raeke, Leipzig.
KG.	= Sammlung der Entscheidungen des Kammergerichts.
KGJ.	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Mot.	= Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888.
OLG.	= Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Leipzig.
Prot.	= Protokolle .der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897.
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RJA.	= Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt vom Reichsjustizamt.
Seuff. Arch.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, München und Berlin.
Seuff. Bl.	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Z. Bl. FG.	= Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, herausgegeben von Lobe, Leipzig.
ZHR.	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Stuttgart.
ZZP.	= Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

A. Einleitung.

§ 1. Umgrenzung des Themas.

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, den vielfachen allgemeinen Abhandlungen über das sogenannte Selbstkontrahieren, seine begriffliche Möglichkeit und sein Wesen einen neuen allgemeinen Beitrag hinzuzufügen.

Herausgegriffen werden soll nur ein mit dem Problem des Selbstkontrahierens zusammenhängender Fall, der in verschiedenen Varianten in der Praxis aufgetaucht, dort in unterschiedlicher Weise beurteilt worden ist und demgemäß für den Rechtsverkehr bedeutsame Zweifel hinterlassen hat, die sich nicht auf dem durch den Wortlaut des § 181 BGB. umgrenzten Gebiet bewegen. Diese Zweifelsfragen sollen hier behandelt werden.

Gedacht ist hier etwa an folgende Fälle:

1. Der minderjährige Karl P. ist Gläubiger einer Hypothek; sein Vater und gesetzlicher Vertreter, der ebenfalls Karl P. heißt, tritt diese Hypothek unter Ausnutzung der Namensgleichheit an einen Dritten im eigenen Namen ab. Diese Abtretung bedarf, abgesehen von der gemäß §§ 1821, Ziff. 1, 1643 BGB. erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, gemäß § 185, Abs. 1 BGB. der Genehmigung des wirklich Berechtigten, nämlich des minderjährigen Karl P. Als gesetzlicher Vertreter desselben erklärt der Vater Karl P. die Genehmigung zu der von ihm vorgenommenen Abtretung[1].

2. Auf dem Grundstück X steht eine verzinsliche Forderung von 120.000 RM für die Wwe. St. „bzw. nach deren Tod für ihre Kinder A, B, C, und D" eingetragen. D ist minderjährig. Die Hypothek steht also mit auflösender Befristung, nämlich bis zu ihrem Tod der St., und mit aufschiebender Befristung von diesem Zeitpunkt ab den 4 Kindern zu. St. ist demnach gemäß §§ 163, 161 Abs. 1 und 2 BGB. zugunsten ihrer Kinder in der Verfügung über die Hypothek beschränkt. St. übernimmt für eine Schuld des Z die selbstschuldnerische Bürgschaft und tritt zur Sicherung der Bürgschaftsfordeung die Hypothek von 120.000 RM an die Gläubiger ab. Später kommt zwischen A, B, C und der minderjährigen D einerseits, dem Gläubiger der Bürgschaftsforderung andererseits eine Vereinbarung zustande, durch die sich die 4 Geschwister mit der Abtretung durch St. einverstanden erklären. Zu dieser Vereinbarung erteilt St. als gesetzliche Vertreterin der minderjährigen D ihre Genehmigung[2].

[1] RG. Seuff. Arch. 77, Nr. 62.
[2] RG. 76, 89.

3. Die Witwe A. und ihre minderjährigen Kinder B und C sind als Miteigentümer kraft fortgesetzter Gütergemeinschaft eines Grundstücks eingetragen. A verkauft das Grundstück mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung an X und läßt in eigenem Namen auf. Außerdem erteilt sie als gesetzliche Vertreterin von B und C deren gemäß §§ 1487, 1445 BGB. erforderliche Zustimmung zu der Veräußerung[3].

4. A ist Vor-, sein minderjähriger Sohn B Nacherbe eines Nachlasses, zu dem u. a. mehrere Grundstücke gehören. Eines dieser Grundstücke verkauft A und erklärt die Auflassung. Außerdem erklärt er als gesetzlicher Vertreter des B dessen zur unbedingten Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 2113 BGB. erforderliche Zustimmung[4].

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß ein Vertreter eine Handlung — nämlich die Abgabe der Zustimmungserklärung — vornimmt, die für sich betrachtet nicht aus dem Rahmen der Vertretungsmacht fällt, da er grundsätzlich namens des Vertretenen ebensowohl eine Zustimmungserklärung abgeben wie einen Vertrag für ihn abschließen kann. In Frage steht aber, ob es sich unter Berücksichtigung des ganzen Zusammenhangs dabei nicht um ein unter § 181 BGB. fallendes Rechtsgeschäft handelt; denn die Tatsache, daß das Gesetz das Wirksamwerden eines Vertretergeschäfts beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen von der Zustimmung des Vertretenen abhängig macht, deutet darauf hin, daß der Vertretene in solchem Fall nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich an dem Geschäftsabschluß beteiligt sein und nicht durch das generelle Bestehen der Vertretungsmacht ausgeschaltet werden soll.

Unter diesem Gesichtswinkel ließe sich bei oberflächlicher Betrachtung die Anwendbarkeit des § 181 BGB. auf die oben angeführten Beispiele ohne weiteres bejahen; denn er soll verhüten, daß der Vertretene auf die Geschäfte keinen Einfluß hat, die sowohl seine Interessen wie die des Vertreters berühren; und um solche Geschäfte handelt es sich meist in derartigen Fällen.

Aber mit Zweckmäßigkeitserwägungen allein ist es bei der Gesetzesanwendung nicht getan. Es ist vor allem erforderlich, daß eine gewisse Übereinstimmung besteht zwischen konkretem Tatbestand und Gesetzeswortlaut.

Bei den Untersuchungen darüber, ob das hier der Fall ist, kann das zustimmungsbedürftige Geschäft selbst ausscheiden, da eine etwaige Anwendbarkeit des § 181 BGB. auf dieses allein hier gleichgültig ist. Es kann vielmehr davon ausgegangen werden, daß bei seinem Abschluß der Vertreter nur in einer Eigenschaft auftritt und nicht in der für § 181 BGB. erforderlichen Doppelstellung.

Ausgangs- und Angelpunkt der Untersuchung soll die vom Vertreter erteilte Zustimmung sein; und zwar fragt es sich, ob § 181 BGB. auch auf die gesetzlich erforderliche, im Namen des Vertretenen erteilte Zustimmung zur Anwendung gelangt, die ein Vertreter zu einem Geschäft

[3] OLG. 43, 358.
[4] Bayr. ObLG. 13, 22.

erteilt, das er für sich, oder doch jedenfalls auch für sich mit einem Dritten abgeschlossen hat.

Soweit dieses Problem in Rechtsprechung und Theorie aufgetaucht und behandelt worden ist, wurde mit einer Ausnahme[5] unbedenklich davon ausgegangen[6], daß die Zustimmung als solche ohne weiteres unter § 181 BGB. fiele, und daß dessen Anwendbarkeit auf sie nur dann Bedenken unterliege, wenn der Vertreter die Zustimmung nicht sich selbst, sondern, was gemäß § 182 BGB. ebenfalls möglich ist, dem Dritten gegenüber erkläre. Erst an dieser Stelle setzen die Meinungsverschiedenheiten ein: Die eine Seite entscheidet sich nämlich für die Anwendbarkeit des § 181 BGB. und begründet diese Ansicht einerseits mit dem in dieser Gesetzesbestimmung enthaltenen Rechtsgedanken, der dahin gehe, Interessenkonflikte zwischen Vertreter und Vertretenem zu vermeiden, andererseits mit der Tatsache, daß die Zustimmung, gleichgültig, wem sie erklärt wird, gleich wirkt[7]. Die andere Seite dagegen ist der Auffassung, § 181 BGB. wolle nur das reine Insichgeschäft erfassen, es komme also nur auf die Richtung der Erklärung und nicht auf die materielle Interessenverteilung an. Sie hält § 181 BGB. demgemäß für unanwendbar[8].

So entgegengesetzt diese beiden Ansichten nun auch in ihrem praktischen Ergebnis sind, so haben sie doch das eine gemeinsam, daß sie allein für zweifelhaft halten, wie weit der Geltungsbereich des § 181 BGB. seiner ratio nach auszudehnen ist.

Das ist zwar auch ein Gesichtspunkt, der im vorliegenden Fall in Betracht kommt, jedoch erst in zweiter Linie. Vorher ist die Frage zu beantworten, ob überhaupt der Wortlaut des § 181 BGB. auf die Zustimmung paßt; und das kann starken Bedenken insofern unterliegen, als Zweifel darüber bestehen, ob die Zustimmung überhaupt ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 BGB. ist.

Die oben S. 1 f. angeführten Entscheidungen haben insoweit den Fall nicht ganz systematisch behandelt: Wenn der Gesetzgeber es nämlich unternommen hat, seine Vorschriften in genau formulierten Einzelbestimmungen niederzulegen, statt nur umfassende allgemeine Richtlinien in Form von Generalklauseln aufzustellen, so ist es auch nötig, diese Einzelbestimmungen auf ihre Anwendbarkeit in jedem Fall hin genau zu prüfen und erst zu untersuchen, ob ein Gesetz überhaupt seinem Wortlaut nach auf einen Sachverhalt paßt, bevor man mit dem ihm zugrundeliegenden allgemeinen Rechtsgedanken arbeitet. Einordnung unter den Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes ist jedenfalls das Grundlegende.

---

[5] Bourier in D. Not. V. 13, 553.

[6] RG. 68, 175; 76, 89; Seuff. Arch. 77, Nr. 62; Bayr. Ob. LG. 13, 22; Oertmann Komm. § 181, 5 b; Staudinger § 181, 9 b; Planck § 181, 1 e; Warneyer § 181 II; Soergel § 181, 5; v. Tuhr, allg. Teil, Bd. II 2, S. 361; Rohde S. 155; Huther, ZBl. F. G. 4, 182.

[7] Bayr. ObLG. 13, 22; OLG. 43, 358; RGRK. § 181,1 (6. Aufl.), Oertmann Komm. § 181, 5 b; Staudinger § 181, 9 b; Soergel § 181, 5; Rohde, S. 155; Huther ZBl. F. G. 4, 185.

[8] RG. 76, 89; RB. Seuff. Arch. 77 Nr. 62; RB. JW. 31, 2229; RG, 108, 405; OLG. 20, 420; RGRK. § 181, 1 (8. Aufl.); Planck, § 181, 1 e; Warneyer, § 181 II; v. Tuhr, Allg. Teil II 2, S. 366.

Allerdings ist zuzugeben, daß es nicht unbedingt Aufgabe der Praxis sein muß, alle möglichen mehr oder weniger theoretischen Streitfragen zu erörtern und Bedenken aufzuklären. Sie kann vielmehr im Interesse der Verständlichkeit für den Laien und entsprechend dem allgemeinen Rechtsempfinden sich nur auf die bedeutsamsten Zweifelpunkte einlassen und bei weniger wesentlichen irgend eine einleuchtende, zu vernünftigen Ergebnissen führende Ansicht zugrunde legen, ohne auf deren Entstehung und Begründung näher eingehen zu müssen. Das darf aber nicht so weit führen, daß von einer durchaus nicht ohne weiteres einleuchtenden Subsumierung des Tatbestandes unter das Gesetz abgesehen wird. Erst wenn die wörtliche Anwendung der in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen zwar möglich ist, jedoch zu einer einwandfreien und befriedigenden Lösung nicht führt, oder doch jedenfalls Zweifelsfragen offen läßt, die an Hand des reinen Wortlauts nicht gelöst werden können, ist es am Platz, auf die tieferen, allgemeinen Rechtsgedanken zurückzugreifen. Auf jeden Fall ist das aber Aufgabe einer Arbeit, die, wie die vorliegende, die Lösung eines praktischen Falles wissenschaftlich begründen soll.

Es muß also zunächst geprüft werden, ob § 181 BGB. in direkter Anwendung auf die angeführten problematischen Fälle paßt. Dabei ist zuerst zu untersuchen, ob sie unter den Wortlaut subsumiert werden können, und erst, wenn das allein nicht zum Ziele führt, ob das Zurückgreifen auf die legis ratio weiterhilft.

Bei Befolgung dieser Reihenfolge hat uns zunächst die Frage zu beschäftigen, ob die Zustimmung überhaupt ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 BGB. ist, zwischen wem sie, bejahendenfalls, Rechtsbeziehungen schafft, und ob eine der beiden von ihr in ihrem Rechtskreis betroffenen Personen bei Abgabe der Zustimmungserklärung Vertreter der andern ist, d. h. ohne eine von ihnen beim Geschäftsabschluß die von § 181 BGB. erforderte Doppelstellung einnimmt.

§ 2. Die Rechtsnatur der Zustimmung.

I.

Was den ersten Punkt, die Bestimmung der Rechtsnatur der Zustimmung betrifft, so besteht die Möglichkeit, zu seiner Klärung zwei verschiedene Wege zu beschreiten[9]. Man könnte die Zustimmung nämlich einmal losgelöst von dem zustimmungsbedürftigen Geschäft betrachten und, von dem allgemeinen Begriff des Rechtsgeschäfts ausgehend, feststellen, ob sie die verschiedenen Merkmale dieses Begriffes erfüllt. Anderseits ist es möglich, von dem Gesamtkomplex, der zustimmungsbedürftiges Geschäft und Zustimmung umfaßt, auszugehen und festzustellen, welche Bedeutung der Zustimmung in diesem Rahmen zukommt; ob sich nämlich eine klare Scheidung zwischen ihr und dem Hauptgeschäft vornehmen läßt, oder ob sie in diesem völlig aufgeht.

[9] v. Tuhr, Allgem. T. Bd. II 1, S. 214.

Bei der ersten Möglichkeit würde es allerdings zu weit führen, den umstrittenen Begriff des Rechtsgeschäfts in allen Einzelheiten erneut aufzurollen. Es dürfte vielmehr genügen, das Institut der Zustimmung auf seine Übereinstimmung mit den allgemein anerkannten Merkmalen des Rechtsgeschäftsbegriffes zu prüfen, ohne eine bestimmt formulierte Definition desselben zu Grunde zu legen.

Vorher ist aber noch erläuternd Folgendes zu bemerken: Das hier zu erörternde Problem ist nur ein Unterfall der Streitfage[10], ob das ganze Gebiet der Konsenserklärungen, zu denen die Vollmacht ebenso gehört wie die Einwilligung und die Genehmigung, von dem Begriff des Rechtsgeschäfts mit umfaßt wird.

Das ergibt sich schon daraus, daß bereits in den Motiven zum BGB.[11] auf die große Ähnlichkeit, die zwischen Vollmacht und Einwilligung besteht, hingewiesen worden ist. Und man kommt tatsächlich bei näherer Betrachtung und beim Vergleich von Vollmacht und Zustimmung zu dem Ergebnis, daß sie trotz ihrer gesonderten Behandlung im BGB. hinsichtlich ihrer Wesensart gleich sind, da sie denselben Zwecken dienen, sodaß zwischen ihnen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, soweit es sich um die Festlegung ihrer rechtlichen Natur handelt. Auf ihre Wesensart kommt es hier aber allein an und nicht auf ihre Ausgestaltung im einzelnen.

Man könnte sogar behaupten, die Vollmacht sei nur ein Unterfall der Einwilligung[12]. Es besteht zwar insofern ein Unterschied zwischen ihnen, als die Einwilligung im engeren Sinne sich nur auf solche Handlungen des Vertreters bezieht, die er im eigenen Namen vornimmt, während die Vollmacht nur die im Namen des Vertretenen vorgenommenen Geschäfte deckt. Jedoch kann die Einwilligung sich sowohl auf die offene wie die verdeckte Geschäftsführung beziehen. Jedenfalls kann dieser Unterschied aber die Wesensgleichheit zwischen beiden nicht beeinträchtigen. Die rechtlichen Wirkungen sind nämlich bei ihnen dieselben: beide bewirken, daß die Rechtshandlung eines Dritten, ob sie nun im eigenen Namen oder in dem des in seinen Rechtsgütern Betroffenen vorgenommen wurde, für und gegen diesen wirkt.

Dasselbe muß gelten für die nach Abschluß des Vertretergeschäfts erteilte Vollmacht und die Genehmigung. Schon ein Vergleich der §§ 177, 184 BGB. ergibt, daß sowohl ihr Name wie ihre Wirkungen gleichartig sind. Es kommt auf dasselbe heraus, ob ein Handeln im eigenen oder im fremden Namen gestattet wird. Die endgültige Wirkung, nämlich die Gebundenheit an die vom Vertreter geschlossenen Geschäfte ist in beiden Fällen dieselbe.

Nutzanwendung aus dieser Wesensgleichheit für die Untersuchung über die Rechtsnatur der Zustimmung ist, daß für ihre Durchführung

---

10 Siber S. 136; Hupka S. 23; Isay S. 211; Breit S. 207 ff.; Manigk, Willenserklärung, S. 350.

11 I S. 246.

12 Isay, Geschäftsführung, S. 217 ff., Breit S. 207 f.; Hupka S. 22 ff.; Rosenberg S. 130 ff. Für ihre Gleichbehandlung auch Krückmann, Ermächtigung S. 93.

unterschiedslos gesetzliche Bestimmungen und Literatur, die sich auf die Zustimmung selbst beziehen, wie diejenigen, die sich mit der Vollmacht befassen, zu Rate gezogen werden können. Das ist besonders deshalb wesentlich, weil das Problem fast nur im Hinblick auf die Vollmacht behandelt worden ist[13].

1. Was nun speziell die Zustimmung betrifft, so wäre das bequemste und am meisten in die Augen springende Argument für ihre Rechtsgeschäftsnatur der Hinweis auf die Tatsache, daß sie im dritten Abschnitt des allgemeinen Teils des BGB., der mit „Rechtsgeschäfte" überschrieben ist, ihre Regelung gefunden hat. Aber dieses Argument ist nicht stichhaltig, da das BGB. in seiner Ausdrucksweise nicht immer konsequent ist, und sich innerhalb desselben dritten Abschnitts auch ein Unterabschnitt „Willenserklärung" befindet, obschon Willenserklärung und Rechtsgeschäft nicht identisch sind[14], wie denn überhaupt der dritte Abschnitt sich nicht nur mit dem spezifischen Rechtsgeschäft befaßt, sondern auch mit dessen Voraussetzungen und Bestandteilen.

Im Hinblick auf den Begriff des Rechtsgeschäfts ist festzustellen, daß jede Konsenserklärung ein solches wäre, wenn man den Begriff ohne weiteres gleichsetzen könnte mit dem der Willenserklärung; denn als Willenserklärung kann man die Zustimmung unzweifelhaft bezeichnen, da deren hauptsächliches Merkmal, nämlich die auf einen Rechtserfolg gerichtete innere Absicht, bei ihr stets vorhanden ist.

Das BGB. selbst verzichtet auf eine Definition des Rechtsgeschäftsbegriffs und begnügt sich damit, allgemeine Vorschriften für sein Zustandekommen aufzustellen, ohne daß sich daraus ein systematisch geschlossenes Bild seiner Voraussetzungen und Erfordernisse ergäbe. Lediglich die Motive[15] sagen mit Bezug auf den Entwurf: „Das Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist". Diese Definition bietet aber noch keinen hinreichenden Grund dafür, Willenserklärung und Rechtsgeschäft gleichzusetzen. Es herrscht Übereinstimmung darüber, daß selbst nicht einmal der oft ungenauen Ausdrucksweise des Gesetzeswortlauts, und daher erst recht nicht den Gesetzesmaterialien, eine derart ausschlaggebende Bedeutung bei der Festsetzung eines so wesentlichen Begriffs wie dem des Rechtsgeschäfts zukommt[16]. Aus der Definition der Motive läßt sich also nur schließen, daß jedes Rechtsgeschäft notwendig eine Willenserklärung enthalten muß. Aber schon die allgemein zur Gewohnheit gewordene Redeweise[17] „Tatbestand eines Rechtsgeschäfts" weist darauf hin, daß außerdem noch eine Reihe anderer Elemente, „Tatbestandsstücke", zum Rechtsgeschäft

---

[13] Crome, S. 456; Mitteis S. 109 ff. Dernburg allgem. Lehren, S. 490 f.; Leonhard S. 314; Eltzbacher S. 65 f.; Rosenberg S. 125, 605 u. 666; Karlowa S. 59 ff.

[14] Manigk, Willenserklärung, S. 89 ff., von Tuhr, Allgem. T. II, 1 § 50 II, Rosenberg S. 33, Eltzbacher, S. 121, Bourier; D. Not. V. 13, S. 568.

[15] I S. 126.

[16] z. B. Staudinger, Vorbem. 4 vor § 104; Manigk, Willenserklärung S. 21.

[17] Staudinger Vorbem. 4 zu § 104; Manigk, Willenserklärung S. 644 ff.

zwar nicht unbedingt gehören müssen, aber können, und meist auch erforderlich sind. Jedenfalls läßt der Begriff Rechtsgeschäft immer die Möglichkeit offen, daß beliebige andere Umstände zu der Willenserklärung hinzutreten, während diese selbst ein fester in sich geschlossener Begriff ist.

Diese Möglichkeit spricht also weder für noch gegen die Einordnung der Zustimmung unter die Rechtsgeschäfte, und bietet keine Anhaltspunkte für ihre Charakterisierung. Diese wird erst ermöglicht durch Betrachtung der Art und des Zustandekommens der durch ein Rechtsgeschäft hervorgerufenen Rechtsfolgen.

Dabei ist eine Untersuchung darüber, ob der erstrebte Rechtserfolg nur in der Veränderung, Entstehung und Aufhebung von subjektiven Rechten bestehen darf, oder ob es genügt, daß irgendein Rechtsverhältnis hervorgerufen wird, überflüssig. Diese Fragen erledigen sich mit dem Hinweis darauf, daß gerade die Tatsache des Fehlens einer fest umgrenzten Begriffsbestimmung im BGB. darauf schließen läßt, daß die Reichweite des Rechtsgeschäftsbegriffs nicht auf ganz bestimmte Wirkungen beschränkt werden sollte, sondern daß es ausreicht, wenn die hervorgerufenen Folgen irgendwie auf die Rechtssphäre einer Person einwirken, ohne daß diese Einwirkung juristisch klassifiziert werden müßte. Es genügt jedwede Veränderung in der Rechtswelt[18]. Das soll als feststehend vorausgesetzt werden.

Hier ist aber die Frage nach der Beschaffenheit eines Rechtserfolgs, — um auf Grund dessen die ihn hervorrufende Handlung einordnen zu können, — nicht wesentlich. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob die von einem als Rechtsgeschäft zu bezeichnenden Tatbestand erstrebten und erzielten Rechtsfolgen ausschließlich durch diesen betreffenden Tatbestand hervorgerufen werden müssen, um ihn zu einem den Bestimmungen des dritten Abschnitts des allgemeinen Teils des BGB. unterliegenden Rechtsgeschäft zu machen; oder ob er schon dann Rechtsgeschäft ist, wenn durch ihn nur ein Teil der Wirkungen hervorgerufen wird, während es zur restlosen Verwirklichung des als Ziel vorschwebenden Erfolgs noch anderer Elemente, sei es anderer Rechtsgeschäfte oder sonstiger Tatsachen bedarf. Das heißt in Anwendung auf unsern Fall: beeinträchtigt es die Rechtsgeschäftsnatur der Zustimmung, daß die erstrebte Rechtsfolge, nämlich die Wirksamkeit des vom Vertreter vorgenommenen Geschäftes für und gegen den Vertretenen, nicht nur durch die Willenserklärung des Vertretenen, die Zustimmung, hervorgerufen wird, sondern daß notwendig die Handlung des Vertreters, sei es vorher oder nachher, hinzutreten muß? Wenn nämlich jemand einem fremden Rechtsgeschäft zustimmt, so will er notwendig nicht nur eine von allem losgelöste Willenserklärung abgeben, sondern er will zugleich auch das zwischen den Andern abgeschlossene zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft selbst. Er wünscht denselben Erfolg herbeizuführen, wie er eingetreten wäre, wenn er das Vertretergeschäft selbst vorgenommen hätte. Erläutert

---

18 So z. B. Manigk, Willenserklärung, S. 20, Rosenberg S. 31, Warneyer Vorbem. I vor § 104, Mot. I, S. 126.

an einem Beispiel: A will eine ihm gehörige Sache verkaufen und dafür einen bestimmten Kopfpreis erhalten (abzusehen ist hier natürlich davon, daß er selbst diesen Verkauf vornehmen kann). Sein Vertreter B schließt einen entsprechenden Kaufvertrag ab. Berechtigt und verpflichtet wird A aus diesem Vertrag aber nur dann, wenn er vorher seine Einwilligung erklärt oder nachher genehmigt. Um die dem A als letztes Ziel vorschwebende Rechtsfolge zu erreichen, nämlich die Wirkungen des von B geschlossenen Kaufvertrages in seiner Person eintreten zu lassen, ist also erforderlich: 1. der von B mit dem Dritten in Vertretung des A abgeschlossene Kaufvertrag, 2. die Zustimmungserklärung des A.

Man kann hiergegen nicht einwenden, so betrachtet, habe ja auch der betreffende Kaufvertrag nur eine Teilwirkung, da er zu seiner Wirksamkeit für und gegen A noch dessen Zustimmung bedürfe. Dieser Gesichtspunkt wäre falsch. Zwar ist es der spezifische Zweck eines Kaufvertrages, gegen Zahlung eines Kaufpreises einen Anspruch — und zwar regelmäßig gegen den Eigentümer selbst, wenn er persönlich abschließt — auf Übertragung des Eigentums an der verkauften Sache zu verschaffen. Wenn dieser Erfolg nicht eintritt, weil etwa, wie es in dem eben angeführten Beispiel möglich wäre, der betroffene Eigentümer dem Abschluß durch den Vertreter nicht zustimmt, so äußert der Vertrag andere ersatzmäßige Rechtsfolgen, die sich beispielsweise nach den §§ 178, 179 BGB. bestimmen können, oder er ist nur als durch die Zustimmung bedingter Vertrag abgeschlossen. Von den abschließenden Parteien gewollt ist zwar in erster Linie nur, daß der Vertrag für und gegen den Vertretenen wirken soll, aber es kann das Bestehen eines Rechtsgeschäfts nicht beeinträchtigen, wenn Wille und endgültig eintretender Erfolg sich auf Grund irgendwelcher Umstände nicht entsprechen. Es genügt das Vorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Willens und eines, wenn auch davon abweichenden Rechtserfolgs[19]. Nur so ist auch die Tatsache des Vorkommens nichtiger Rechtsgeschäfte zu erklären. Wesentlich ist, daß überhaupt ein dem Willen der Parteien entsprechender Rechtserfolg möglich ist und eingetreten wäre, wenn nicht andere, vom Parteiwillen unbeeinflußbare Umstände dem entgegengewirkt hätten. Der von einem Vertreter abgeschlossene zustimmungsbedürftige Vertrag ist und bleibt also Rechtsgeschäft, auch wenn die ihm eigentümlichen Wirkungen nicht eintreten können, weil es an der Zustimmung fehlt.

Die Zustimmung dagegen erscheint völlig inhaltslos, wenn der Vertreter das zustimmungsbedürftige Geschäft nicht abschließt. Er hat nicht etwa durch sie die Macht erhalten, ganz allgemein und unbeschränkt auf den Rechtskreis des Zustimmenden einzuwirken. Die Zustimmung bezieht sich vielmehr nur auf das eine bestimmte Geschäft. Wenn das nicht vorgenommen wird, ist sie hinfällig und äußert keinerlei Rechtswirkungen[20].

---

[19] Vgl. Staudinger, Vorbem. 5 vor § 104, Planck, Vorbem. 1 zu § 104.

[20] Unberücksichtigt bleiben hier Generalvollmachten und entsprechende Zustimmungen. Es handelt sich um ein Beispiel zur Erläuterung eines bestimmten Problemes. Dabei liegt die größte Klarheit in einer möglichst weitgehenden Vereinfachung und der Zurückführung auf einen Normalfall. Von Varianten und den daraus entstehenden Komplikationen muß

Ebenso wenig verpflichtet sie den Geschäftsführer, wenn sie im voraus erteilt ist, zum Abschluß des Geschäfts. Das könnte nur ein etwa nebenher laufendes Auftragsverhältnis, mit dem die Zustimmung auf Grund ihrer abstrakten Natur in keinerlei Zusammenhang steht.

Es ist also immer so, daß die Zustimmung voll zur Entfaltung gelangende Rechtswirkungen nur im Zusammenhang mit dem Zustimmungsbedürftigen Geschäft hat. Demnach ist eine erfolgversprechende Untersuchung der Rechtsnatur der Zustimmung nur dann möglich, wenn man sie nicht für sich allein, sondern in ihrem Verhältnis zu diesem Geschäft betrachtet und prüft, welche Bedeutung dieser Zusammengehörigkeit zukommt. Es hat sich zwar herausgestellt, daß die Zustimmung ein gewisses Maß von Rechtswirkungen hervorruft, nämlich das Wirksamwerden des zwischen zwei Personen zustandegekommenen Geschäfts in der Person eines Dritten, die restlose Erfüllung des Parteiwillens. Das ist eine Wirkung, die, unter Zugrundelegung des oben S. 7 vertretenen weiten Standpunkts bezüglich der von einem Rechtsgeschäft zu erzeugenden Rechtsfolgen, für sich betrachtet, wohl ausreichen dürfte, um ihre Rechtsgeschäftsnatur zu bejahen. Bedenken ruft aber ihr notwendiger Zusammenhang mit eben diesem anderen Geschäft hervor. Man könnte nämlich darin ein Hindernis sehen für die selbständige Behandlung der Zustimmung und ihre Subsumierung unter die Vorschriften über Rechtsgeschäfte. Es wäre nämlich immerhin möglich, daß die Wirkung der Zustimmung in der des zustimmungsbedürftigen Geschäfts derartig aufgeht, daß ihr selbständige Bedeutung nicht mehr zukommt, weil die in ihr enthaltene Willensäußerung nicht nur auf Verwirklichung eigener Zwecke, sondern auch derjenigen eines anderen Geschäfts gerichtet ist, weil sie keine Alleinwirkung, sondern nur eine Zusammenwirkung mit dem anderen Geschäft hat. Die Frage, ob die von der Zustimmung selbständig erzeugten Rechtsfolgen, nämlich die Tatsache, daß ein anderes Geschäft erst durch sie in der von seinen Parteien gewollten Richtung wirksam wird, ausreichen, um ihre Rechtsgeschäftsnatur zu bejahen, läßt sich nicht beantworten, ohne vorher klarzustellen, welche Bedeutung dem Verbundensein zwischen Zustimmung und zustimmungsbedürftigem Geschäft zukommt. Wenn sich herausstellt, daß die Zustimmung zwar immer in diesen Gesamtkompler hinein gehört, aber sich innerhalb desselben ihre Selbständigkeit bewahrt, daß ihre Wirkung nicht in der Gesamtwirkung völlig aufgeht, erst dann steht fest, daß sie Rechtsgeschäft ist und daher selbständig den Vorschriften über Rechtsgeschäfte unterliegt.

2. Betrachtet man also den rechtsgeschäftlichen Tatbestand und seine Wirkungen in ihrer Gesamtheit, so fällt die nicht seltene Tatsache auf, daß der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts stufenweise, sukzessive entsteht, daß, obschon seine spezifischen „Erfordernisse“[21] erfüllt sind, zu seiner endgültigen Wirksamkeit oft noch irgend ein Umstand fehlt, der zwar

in solchem Fall zweckdienlicherweise abgesehen werden, obschon der Nachweis, daß auch bei genereller Zustimmung ihre Wirkung nur im Zusammenhang mit wenigstens einem der ins Auge gefaßten Geschäfte eintritt, nicht schwer sein dürfte.

[21] Beim Kauf z. B., wenn Antrag und Annahme vorliegen.

nicht stets zum eigentlichen Tatbestand eines solchen Rechtsgeschäfts zu gehören braucht, aber im speziellen Fall für den Eintritt des vollen, als endgültiges Ziel von den Parteien beabsichtigten Rechtserfolgs erforderlich ist. Ein Beispiel dafür ist auch der Fall des zustimmungsbedürftigen Geschäfts.

Es bestehen nun verschiedene Möglichkeiten zur Einreihung dieser Umstände in das Gebiet der rechtlich erheblichen Tatsachen:

a) Man könnte sagen, sobald ein derartiger Umstand fehle, sei der rechtsgeschäftliche Tatbestand unvollendet, er sei also ein Tatbestandsstück[22].

b) Anderseits könnte man bei jeder sukzessiven Entstehung eines Rechtsgeschäfts das nachfolgende Ereignis als Rechtsbedingung für den Wirkungseintritt des früheren ansehen[23].

c) Es ließen sich auch, je nach ihrer Bedeutsamkeit, verschiedene Klassen von Tatbestandsstücken unterscheiden und ein engerer Tatbestand von einem weiteren trennen[24].

d) Schließlich könnte man einen Unterschied machen zwischen Tatbestandsstücken und sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die dem eigentlichen rechtsgeschäftlichen Tatbestand nicht angehören, aber zu seiner vollen Wirksamkeit unerläßlich sind, und sie — im Gegensatz zu der ersten Variante — den eigentlichen Tatbestandsteilen als selbständige Rechtsbedingungen gegenüberstellen[25].

Unter der Voraussetzung, daß die Zustimmung ein Umstand im geschilderten Sinne ist, erscheint es zweckmäßig, die einzelnen Möglichkeiten und ihre Anwendung im praktischen Rechtsleben zu betrachten. Diese verschiedenen Unterscheidungen sind nämlich insofern bedeutungsvoll, als die Rechtsgeschäftsnatur der Zustimmung sofort zu verneinen wäre, wenn alle zur Vollwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts erforderlichen Umstände Teile des Tatbestands dieses Rechtsgeschäfts wären; denn eine besondere Behandlung einzelner Tatbestandsstücke etwa in dem Sinn, daß sie von § 181 BGB. erfaßt werden, das Gesamtgeschäft aber nicht, ist undenkbar, da ein Rechtsgeschäft sich wohl aus mehreren Willenserklärungen, nicht aber aus mehreren Rechtsgeschäften zusammensetzen kann. In diesem Fall wäre die Aufstellung eines fest umrissenen Rechtsgeschäftsbegriffs nicht möglich. Das Rechtsgeschäft umfaßte dann immer alle im speziellen Fall erforderlichen Umstände, gleichgültig, wie sie rechtlich einzuordnen sind, ob sie nun ein Eigenleben haben oder nicht. Eine einheitliche Behandlung des ganzen Geschäfts ließe sich nicht durchführen, wenn jeder zu seinem Wirksamwerden erforderliche Teil womöglich Regeln unterliegt, die auf den Gesamttatbestand nicht anwendbar sind. Ein solcher Zustand lag auch nicht in der Absicht des BGB., als es eine genau formulierte Definition unterließ. Der Hinweis darauf, daß es

---

[22] Breit S. 291, Siber S. 133 f., Bourier D. Not. V. 13 S. 574 f., Mitteis S. 109 ff., Lenel S. 25 ff., Leonhard S. 313, Crome I, S. 105.
[23] So z. B. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 125 f.
[24] Walsmann S. 178 ff.
[25] Oertmann, Rechtsbedingung S. 14.

für Rechtsgeschäfte im allgemeinen und für besondere Einzelfälle Vorschriften aufstellte, genügt, um die mögliche These, ein fest umrissener Begriff des Rechtsgeschäfts sei überhaupt nicht vorhanden, zu widerlegen.

Auch die an dritter Stelle genannte Variierungsmöglichkeit — Einteilung der Tatbestandsstücke in verschiedene Klassen — bietet keine Handhabe zur Rechtfertigung einer selbständigen Behandlung der Zustimmung. Wenn bei ihr auch graduelle Unterschiede zwischen den einzelnen Erfordernissen gemacht werden, so werden sie doch alle noch als Tatbestandsstücke behandelt. Diese Variante muß daher denselben Einwänden unterliegen wie die erste.

Sind aber alle derartigen a u c h erforderlichen Umstände oder wenigstens ein Teil von ihnen als Rechtsbedingung aufzufassen — das ist bei der an 2. und 4. Stelle genannten Variante der Fall —, so bietet das eine Möglichkeit, um die Zustimmung selbständig zu beurteilen. Eine Rechtsbedingung braucht nämlich zwar nicht immer ein Rechtsgeschäft zu sein, kann es aber sehr wohl sein. Wann das eine oder das andere der Fall ist, kann dahingestellt bleiben. In unserm Zusammenhang ist nämlich nur wesentlich, daß sie sich jedenfalls gegenüber dem Hauptgeschäft soviel Selbständigkeit bewahrt, daß sie nicht dessen rechtlicher Beurteilung unterliegt; denn der zwischen Hauptgeschäft und Rechtsbedingung bestehende Zusammenhang kann nicht bewirken, daß der die Bedingung darstellende Umstand in dem Hauptgeschäft derartig aufgeht, daß ihm das rechtliche Eigenleben abgesprochen werden müßte. Stellt sich also heraus, daß die Zustimmung Rechtsbedingung ist, so steht damit zugleich fest, daß sie ein Rechtsgeschäft ist, welches gegenüber dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft eigenen Rechtsregeln unterliegen kann.

a) Am einfachsten wäre es, wenn man alle Unterschiede zwischen den einzelnen einem Rechtsgeschäft zur Wirksamkeit verhelfenden Umständen leugnete und sie alle entweder als Tatbestandsstück des Gesamtgeschäfts oder als Rechtsbedingung für sein Wirksamwerden ansähe. Daher gehört an den Anfang eine Stellungnahme zu den beiden oben S. 10 zuerst genannten Varianten, die jedes zur Wirksamkeit notwendige Erfordernis als Tatbestandsstück bzw. als Rechtsbedingung ansehen.

Speziell im Hinblick auf die Konsenserklärungen ist behauptet worden, sie seien nur Bestandteil des Gesamtgeschäfts, Tatbestandsstücke desselben[26].

Um diese Ansicht auf ihre Richtigkeit und Brauchbarkeit zu prüfen, zieht man zweckmäßigerweise zum Vergleich solche Tatbestände und deren Wirksamkeit begründende Umstände heran, bei denen es offensichtlich ist, daß sie im Verhältnis: Gesamtgeschäft und Bestandteil desselben zueinander stehen. Das ist z. B. der fertige Vertrag und seine mit gewissen eigenen Rechtswirkungen ausgestatteten Bestandteile, Antrag und Annahme. Läßt sich eine Gleichartigkeit zwischen diesen einerseits, dem zu-

[26] Breit, S. 291; für die Zustimmung: Siber S. 133 ff., Bourier in D. Not. V. 13, S. 574; für die Vollmacht: Mitteis, S. 109 ff.; Lenel S. 25 ff., Leonhard S. 313; Crome I, § 105.

stimmungsbedürftigen Geschäft mit der Zustimmung andererseits feststellen, so wäre damit die Haltbarkeit der Ansicht: Zustimmung gleich Tatbestandsstück erwiesen.

Beim Vertrag ist die Sachlage unbestritten so: Antrag und Annahme sind zwar Willenserklärungen, aber keine Rechtsgeschäfte, obschon z. B. der Antrag insofern eine eigene Rechtswirkung hat, als der Antragende vorläufig an ihn gebunden ist. Aber der letzten Endes mit ihm bezweckte Erfolg tritt immer nur dann ein, wenn eine entsprechende Annahmeerklärung hinzutritt; und diesem Erfolg gegenüber tritt die spezielle Rechtswirkung des Antrags völlig zurück. Er hat wohl für sich allein eine gewisse Vorwirkung[27]; wesentlich ist aber nur die gemeinsam mit den übrigen Bestandteilen erzeugte Zusammenwirkung[28]. Deshalb sind Antrag und Annahme Bestandteile des Vertrages, obschon ihnen eine gewisse Eigenwirkung nicht abgesprochen werden kann, und sie sind daher eines rechtlichen Eigenlebens nicht fähig.

Auf den ersten Blick zeigen sich starke Ähnlichkeiten — auf die besonders Siber[29] hinweist — zwischen der Wirkung dieser Vertragsbestandteile einerseits und dem Verhältnis zwischen Zustimmung und Hauptgeschäft andererseits: Ebenso wie dort haben Hauptgeschäft und Zustimmung eine Gesamtwirkung, die von den Einzelwirkungen der beiden verschieden ist. Das Hauptgeschäft nämlich ruft eine Gebundenheit des Dritten und evtl. Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer hervor, die Zustimmung gibt diesem Geschäft die Richtung auf eine von Anfang an als Vertragspartner vorgesehene Person[30]. Die Zusammenwirkung der beiden besteht aber in dem Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Vertretenen und dem Dritten. Die als Endziel den Parteien vorschwebende Rechtswirkung tritt also nur ein, wenn beide Erklärungen zusammentreffen wie beim Vertrag. Der den Gesamterfolg hervorrufende Wille ist auf den Zustimmenden, den Vertreter und den Dritten verteilt[31]. Die Zustimmung könnte demnach Bestandteil des Gesamttatbestandes sein. Wäre sie nämlich selbständiges Rechtsgeschäft, so müßte sich der gewollte Gesamterfolg aus der Summe der durch die beiden Einzelgeschäfte hervorgerufenen Rechtsfolgen ergeben, wie etwa der Erwerb eines ganzen Grundstücks durch mehrere selbständige, voneinander unabhängige Kaufverträge und Auflassungen über Grundstücksbruchteile eintreten kann[32].

Zu demselben Ergebnis führt auch folgende Überlegung. Hauptgeschäft und Zustimmung haben nicht je eine streng abgegrenzte rechtliche Wirkung für sich allein, es ist vielmehr so, daß der jeweils zuerst vorgenommene Akt eine gewisse Vorwirkung hat, der nachfolgende aber nur mit ihm verbunden, eine Gesamtwirkung, ohne daß die Alleinwirkung, die er haben würde, wenn der andere Akt nicht vorhergegangen wäre,

---

[27] Ausdruck von Siber S. 142.
[28] Ausdruck von Siber S. 142.
[29] S. 136 ff.
[30] Vgl. auch das Beispiel oben S. 16.
[31] Ähnlich Mitteis, S. 109 ff.
[32] Beispiel v. Siber, S. 139.

irgendwie zur Geltung kommt. Im Fall der vorausgegangenen Zustimmung entstehen in dem Augenblick, wo der Kaufvertrag abgeschlossen wird, sofort Rechtsbeziehungen zwischen Vertretenem und Drittem; die bei Nichtvorhandensein der Zustimmung ebenfalls möglichen Beziehungen zwischen Vertreter und Drittem spielen keinen Augenblick lang eine Rolle.

Ebenso hat die Vorwirkung der voraufgegangenen Zustimmung — etwa die Macht des Vertreters, ein bestimmtes Geschäft mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen abschließen zu können — erst Bedeutung, wenn das Geschäft tatsächlich abgeschlossen wird, und die nachfolgende Zustimmung hat nur Bestand, wenn ein genehmigungsfähiges Geschäft vorhanden ist, in dessen Gesamtwirkung sie dann völlig aufgeht. Eine Genehmigung ohne voraufgegangenes Kaufgeschäft ist inhalts- und bedeutungslos. Ihre Wirkung ist vom Vorhandensein des Hauptaktes abhängig.

Daraus könnte man[33] schließen, die Zustimmung sei, ebenso wie Antrag und Annahme Bestandteile des Vertrages sind, Tatbestandsstück des Hauptgeschäfts, mit der Begründung, der rechtsgeschäftliche Tatbestand sei erst abgeschlossen, wenn seinem Wirksamwerden keine Hindernisse in Form von irgendwelchen fehlenden Erklärungen entgegenständen.

Diese Behauptung ist aber nicht richtig. Sie verwechselt Unvollendetheit mit schwebender Unwirksamkeit; denn von einem fertigen Rechtsgeschäft kann noch nicht die Rede sein, wenn z. B. zwar ein Vertragsantrag, aber noch nicht dessen Annahme vorliegt; dagegen ist der von einem vollmachtlosen Vertreter mit einem Dritten durch Antrag und Annahme geschlossene Vertrag als solcher vollendet; es ist nur noch seine Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen in der Schwebe, solange dieser seine Zustimmung noch nicht erklärt hat.

Es würde auch dem Begriff des Rechtsgeschäfts und seinen einzelnen Arten Abbruch tun, wollte man jegliche Voraussetzung für seine Wirksamkeit als zu seinem Tatbestand gehörig betrachten. Ein einheitlicher Rechtsgeschäftsbegriff, der im Interesse der Übersichtlichkeit der Rechtsordnung unbedingt erforderlich ist, könnte dann nicht mehr aufgestellt werden, wenn in jedem Einzelfall ein im allgemeinen nicht notwendiger Umstand in den Tatbestand aufgenommen werden müßte. Es gäbe dann eine unendliche Anzahl von untereinander verschiedenen Rechtsgeschäftstypen, aber ein einheitlicher Oberbegriff ließe sich nicht aufstellen. Folge für die Gesetzgebung wäre die Notwendigkeit, die seit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht überholte Methode der kasuistischen Regelung wieder aufzunehmen. Das wäre bei der Kompliziertheit des modernen Rechtslebens unpraktisch und überdies auch kaum möglich.

In Wirklichkeit aber haben Hauptgeschäft und Zustimmung verschiedene Zwecke und Ziele. Sie stehen nicht im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander, sondern sind gleichgeordnet. Die Handlung des Vertreters schafft die materiellen Voraussetzungen für die Entstehung einer

---

[33] So nämlich: Breit S. 291, Siber S. 133 ff.; Bourier D. Not. V. S. 574; Mitteis S. 109 ff. Lenel S. 25 ff.; Leonhard S. 313; Crome I § 105.

von der Rechtsordnung mit einem solchen Geschäft verbundenen Wirkung, während die Zustimmung keinen materiellen Rechtserfolg hervorruft, sondern nur die Möglichkeit schafft, daß die von der Vertreterhandlung erzeugten materiellen Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen entstehen, wie es von den Abschließenden beabsichtigt war. Nicht die Zustimmung, sondern die durch sie erst in dieser Richtung ermöglichte oder nachträglich sanktionierte Handlung des Vertreters schafft die Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Vertretenen. Der Umstand, daß, für sich betrachtet, das vom Vertreter vorgenommene Geschäft noch nicht in der beabsichtigten Richtung wirkt, ändert nichts an der Tatsache, daß es schon in sich fertig ist und nicht erst unvollendet. Durch die Zustimmung werden die Ergebnisse der fertigen Vertreterhandlung nur dem Rechtskreis des Vertretenen eingefügt. „Sie knüpft keine subjektiven Beziehungen zwischen Vertretenem und Drittem, sondern öffnet nur objektiv dem Produkt der Vertretertätigkeit den Rechtskreis des Machtgebers“[34].

Daraus ergibt sich, daß der Vergleich zwischen den Wirkungen von Antrag und Annahme einerseits und denen der Zustimmung andererseits nicht zutrifft. Die Zusammenwirkung ist bei Antrag und Annahme nämlich eine andere als bei der Zustimmung. Während durch die ersten beiden das neue rechtliche Etwas, der Vertrag, erst hervorgerufen wird, gibt die Zustimmung einem schon perfekten Rechtsgeschäft nur die Richtung auf eine bestimmte Person, wenn auch mit anderem Inhalt — zwischen Vertreter und Drittem ruft ein ohne Zustimmung abgeschlossenes Geschäft nicht die diesem Geschäft eigentümlichen Wirkungen hervor, sondern andere behelfsmäßige[35]. — Wesentlich ist, daß das Geschäft schon da war, rechtlichen Bestand hatte, während Antrag und Annahme erst aus einem Nichts etwas neu schaffen.

Auch das andere Argument, Hauptgeschäft und Zustimmung seien abgesehen von der Vorwirkung des vorausgehenden Aktes, nicht im Stande, eine selbständige Rechtswirkung zu erzeugen, ebenso wie der Vertragsantrag nur eine Vorwirkung, die nachfolgende Annahme aber nur mit ihm zusammen eine Gesamtwirkung habe, ist nicht stichhaltig.

Wenn man bei Hinzutreten des nachfolgenden Aktes sogleich nur die durch ihn gemeinsam mit dem voraufgegangenen erzeugte Gesamtwirkung ins Auge faßt, so entgeht einem allerdings, daß der letztere ebenfalls eine gewisse selbständige Rechtswirkung hat, die nicht ohne weiteres im Zusammenhang mit der Gesamtwirkung gesehen werden darf: Diese besteht nämlich darin, daß er durch sein Hinzutreten erst der Vorwirkung des ersten Aktes die Möglichkeit zur vollen Entfaltung verschafft, ihr zur Wirksamkeit in dem von den handelnden Personen gewollten Sinne verhilft.

Das ist bei den Vertragsbestandteilen anders: Durch die Annahme erhält der Antrag nicht erst seinen wirklichen gewollten Inhalt, sondern sie macht sich, wenn auch in umgekehrter Richtung, seinen Inhalt zu

---

[34] So Rosenberg, S. 115 und 124 ff. für die Vollmacht. Ähnlich Raape in Arch. ziv. Pr. N. F. I, S. 267.

[35] Vgl. auch oben S. 8.

eigen. Sie ergänzen sich, während bei dem zustimmungsbedürftigen Geschäft eine Erklärung auf der anderen aufbaut.

Daß eine Auffassung, die die Zustimmung als Bestandteil des Hauptgeschäfts ansieht, nicht zutrifft, wird, gleichgültig, welcher Konstruktion sie sich dabei bedient, besonders einleuchtend, wenn man berücksichtigt, daß jede Konsenserklärung auch zu einem nichtrechtsgeschäftlichen Handeln des Vertreters erteilt werden kann. Hat nämlich z. B. A eine Sache des B verarbeitet, sodaß dessen Eigentum an dem verarbeiteten Stoff gemäß § 950 BGB. untergegangen ist, so kann B durch seine Zustimmung die Handlung des A in der Weise zu seiner eigenen machen, daß er sich etwaiger Schadensersatzansprüche gegen A dadurch begibt. Soll die Zustimmung hier etwa Bestandteil eines Realaktes sein? Soll sie je nach der Art der Vertreterhandlung ihre rechtliche Natur ändern?

Nicht zuletzt lassen sich auch an Hand des Gesetzeswortlauts Gründe gegen die Bestandteilsauffassung geltend machen[36], die zwar nicht immer durchschlagend sind, aber doch eine starke Vermutung gegen die Richtigkeit dieser Ansicht begründen. Deshalb sollen sie hier nicht übergangen werden; jedoch sollen die ihre Beweiskraft schwächenden Tatsachen ebenfalls nicht übergangen werden.

Zunächst ist in diesem Zusammenhang hinzuweisen[37] auf § 182 Abs. 1 BGB., der bestimmt, daß der Partner des Hauptgeschäfts nicht notwendig an der Zustimmungserklärung teilhaben muß; ebenso auch auf § 182 Abs. 2 BGB., wonach die Zustimmung nicht der etwaigen Form des Hauptgeschäfts bedarf. Daraus lassen sich Schlüsse auf die Selbständigkeit der Zustimmung ziehen; denn der Partner eines Rechtsgeschäfts muß notwendig an seinen sämtlichen Bestandteilen teilhaben, und auch eine Formvorschrift bezieht sich regelmäßig auf den gesamten rechtsgeschäftlichen Tatbestand, nicht nur auf Teile desselben.

Allerdings könnte man aus § 182 BGB. auch mit einem argumentum e contrario folgern: gerade die ausdrückliche Erwähnung und Anordnung dieser beiden Tatsachen lasse darauf schließen, daß es sich bei der Zustimmung um einen Bestandteil handele; denn wäre sie ein selbständiges Rechtsgeschäft, so wäre es nur zu natürlich, daß sie diesen allgemeinen Grundsätzen nicht unterliegt, und es bedürfte nicht der ausdrücklichen Anordnung, daß sie davon frei sei.

Weiter läßt sich als Argument[38] die Tatsache, daß die Rückwirkung der Genehmigung bei der oben entwickelten und abgelehnten Auffassung nur mangelhaft erklärt werden kann, anführen. Es wirkt befremdlich, daß ein wegen Fehlens der Zustimmung noch unvollständiger Tatbestand im Augenblick der Zustimmung als von Anfang an wirksam angesehen werden soll. Das fällt besonders auf, wenn das Zustimmungserfordernis nachträglich aus irgend einem Grunde wegfällt — etwa gemäß § 185 Abs. 2 BGB., weil der Vertreter den Gegenstand, über den er unberechtigt verfügt hat, nachträglich erwirbt, — und der Tatbestand also nicht im eigentlichen Sinne vervollständigt wird.

---

[36] So besonders Oertmann, Rechtsbedingung, S. 31 ff.
[37] Oertmann, Rechtsbedingung S. 32.
[38] Oertmann, Rechtsbedingung S. 33.

Gegen dieses Argument läßt sich allerdings wiederum einwenden, daß es völlig der Willkür des Gesetzgebers anheimgegeben ist, an welche Umstände er Rechtsfolgen knüpfen will, und daß er sich bei der Aufstellung seiner Vorschriften nicht an irgendwelche Regeln der Logik halten muß, wenn ihm aus Zweckmäßigkeitsgründen eine andere Regelung als die bessere erscheine. Weshalb soll er also nicht einem unvollständigen Tatbestand bei Eintritt irgendeines Ereignisses die Wirkungen eines vollständigen verleihen können?

Schließlich ließe sich[39] zur Entkräftung der Auffassung, die die Zustimmung für einen Bestandteil der Hauptgeschäfte hält, noch darauf hinweisen, daß die Zustimmung, wie jede Konsenserklärung, generell für eine bestimmte Anzahl von Vertretergeschäften erteilt werden kann.

Das ist aber auch kein durchschlagender Gegenbeweis. Es ist im Gegenteil sehr wohl möglich, daß ein Umstand Bestandteil mehrerer Geschäfte sein kann. Man denke nur an den in der Aufstellung eines Automaten liegenden Vertragsantrag.

Alle diese Einwendungen aus dem Gesetzeswortlaut lassen sich also zwar durch eine entsprechende Gegeneinwendung, wenn nicht entkräften, so doch abschwächen. Das Abwägen des Für und Wider führt aber doch zu dem Ergebnis, daß die Auffassung, die Konsenserklärungen seien im Hauptgeschäft völlig aufgehende Bestandteile, nicht haltbar ist.

Ebensowenig billigenswert und durchführbar ist es, die einzelnen zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts notwendigen Umstände als Tatbestandsstücke verschiedenen Grades anzusehen, und zwar ebenfalls aus den eben dargelegten Gründen. Es macht nämlich praktisch bei der rechtlichen Behandlung keinen Unterschied, ob es sich um ein Tatbestandsstück dieser oder jener Art handelt, da jedenfalls jedes nur als Bestandteil des Gesamtgeschäfts behandelt werden muß. Deshalb ist eine Untersuchung darüber, unter welche Art von Tatbestandsstücken im Sinne dieser Ansicht die Zustimmung fallen könnte, überflüssig.

b) Auch die entgegengesetzte Auffassung[40], die bei der sukzessiven Verwirklichung eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes alle nachfolgenden Akte als Rechtsbedingung der vorhergehenden ansieht, ist nicht haltbar. Sie führt zu unhaltbaren Ergebnissen. Bei ihrer Durchführung wäre es nicht mehr möglich, alle rechtlich erheblichen Tatsachen und Handlungen unter feststehende Rechtsbegriffe zu bringen, sondern sie hätten je nach ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge ganz verschiedene Bedeutung. Ein für die Gesamtwirkung ziemlich unerheblicher Umstand — in unserem Fall etwa die vor Abschluß des Hauptgeschäftes erklärte Zustimmung — würde zu ihrer alleinigen Ursache erklärt, und allen übrigen, vielleicht viel bedeutungsvolleren käme bloß sekundäre Bedeutung zu. Gleichwertige Tatbestandsstücke, wie z. B. Antrag und Annahme, würden einander untergeordnet, eine Folge, die völlig abwegig erscheint.

Es bleibt also nur noch die Möglichkeit, Unterschiede zu machen zwischen allen Umständen, die einem Rechtsgeschäft zu seiner Wirksam-

[39] Oertmann, Rechtsbedingung S. 32.
[40] Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 125 f.

keit verhelfen, in dem Sinne, daß die eine Gruppe die untrennbar mit dem ganzen verbundenen Tatbestandsteile, umfaßt, während in die andere alle zwar auch erforderlichen, aber im wesentlichen selbständig gebliebenen Umstände aufzunehmen sind, die für das Gesamtgeschäft nur die Bedeutung einer Rechtsbedingung haben. Je nachdem, ob die Zustimmung unter die eine oder die andere Gruppe fällt, ist dann ihre Rechtsgeschäftsnatur zu verneinen oder zu bejahen, da sie als Tatbestandsstück keiner gesonderten rechtlichen Behandlung unterliegen kann, während sie als Rechtsbedingung rechtliche Selbständigkeit behält[41].

Problematisch hierbei ist die Frage, nach welchen Gesichtspunkten die Einteilung der zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts erforderlichen Umstände in Tatbestandsstücke und Rechtsbedingungen zu erfolgen hat.

Daß eine solche Einteilung notwendig ist, ergibt sich zum Teil schon aus den bisherigen Ausführungen, in denen nachgewiesen ist, daß sich alle rechtlich erheblichen Tatsachen weder sämtlich unter der Rubrik: „Tatbestandsstück" unterbringen, noch als Rechtsbedingung auffassen lassen.

Ihre Überflüssigkeit wird auch nicht dargetan durch zwei Theorien, die die Bedeutung aller zur Vollendung eines stufenweise entstehenden Rechtsgeschäfts erforderlichen Umstände nicht nach ihrem Inhalt, sondern lediglich nach ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge bemessen wollen. Diese Theorien sind im Kampf gegen eine Ansicht[42] entstanden, die in der Erkenntnis, daß zwischen allen Erfordernissen für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts Unterschiede hinsichtlich ihrer Wirkung und Natur vorhanden sind, zwischen rechtsbegründenden und rechtsbestätigenden Tatsachen unterschied, und den rechtsgeschäftlichen Tatbestand im eigentlichen Sinn auf die rechtsbegründenden Tatsachen beschränkte. Sie bewegen sich jedoch nicht in der von den bisher behandelnden Meinungen allein berücksichtigten Kontroverse: Tatbestandsstück — selbständige Rechtsbedingung, sondern gehen andere Wege.

Die Vertreter der einen[43] behaupten, jeder noch ausstehende Umstand, gleichgültig, wie er geartet sei, stelle die eigentliche Entstehungstatsache des Rechtsgeschäfts dar und sei jedenfalls als den übrigen gleichgeordnet anzusehen. So wäre z. B. „ein bedingter Kauf die Abmachung, daß ein Ereignis dieselben Folgen haben soll, wie ein Kaufvertrag sie haben würde"[44].

Keine schlagende Widerlegung dieser Behauptung ist allerdings der Hinweis[45] auf die Tatsache der Rückwirkung der Bedingung und der in gewissem Maß schon vorhandenen Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts gemäß §§ 160 ff. BGB., wofür sie keine Erklärung böte; denn da nach ihr die Geschäftswirkung nur an den Eintritt des bedingen-

---

41 Vgl. auch die Ausführungen oben S. 11 f.
42 Karlowa S. 10 ff.; Eltzbacher S. 64; Dernburg, Pandekten § 182; ähnlich auch v. Tuhr allgem. Teil Bd. II 1, S. 24 f.
43 Pietzker S. 462 ff.; Hölder S. 343; Leonhard S. 41, Hellwig Rückwirkung S. 14.
44 Pietzker S. 473 f.
45 Oertmann, Rechtsbedingung S. 17.

den Ereignisses geknüpft ist, so hat der bedingt abgeschlossene Vertrag selbst noch keine Rechtswirkungen.

Der Wirkungsbereich der Bedingung unterliegt aber der freien Disposition der Parteien und bedarf daher keiner Erklärung, da der Wille der Parteien unberechenbar ist und nicht von vornherein juristisch festgelegt werden kann. Ähnlich ist es auch mit der Rechtsbedingung und den Vorschriften des Gesetzes. Denn auch der Gesetzgeber ist in seinen Anordnungen frei[46], und es ist nicht durchaus nötig, daß er sich bei seinen Geboten immer von juristisch-logischen Erwägungen leiten läßt, die hier etwa dahin hätten gehen müssen, eine Rückwirkung sei nur dann möglich, wenn durch einen vorhergehenden Akt schon etwas geschaffen wäre, dem man eine rechtliche Wirkung zuschreiben könne.

Was viel mehr gegen diese Lehre spricht, ist folgendes: ein Rechtsgeschäft ist nicht denkbar ohne einen bestimmten Inhalt. Die Tatsachen, die diesen Inhalt festlegen, müssen daher notwendig vorhanden sein, ohne sie ist das Entstehen der gewollten Rechtswirkungen einfach nicht möglich. Was nützt bei der eben als Beispiel angegebenen Definition eines bedingten Kaufs schließlich die „Abmachung", wenn nicht eine andere Abmachung, die den Inhalt des Kaufvertrags festlegt, vorhanden ist.

Es geht also nicht an, als alleinigen Inhalt des Rechtsgeschäfts die Tatsachen anzusehen, die nur bestimmen, daß ein Rechtsgeschäft entstehen soll; gleiche Bedeutung kommt auch denjenigen zu, die das Was bestimmen[47].

Ebenso zu verwerfen ist auch die entgegengesetzte Auffassung[48], die dem nachträglich hinzutretenden notwendigen Umstand nur die Bedeutung einer Feststellung einräumt des Inhalts, daß die Wirkung des Rechtsgeschäfts schon früher, im Zeitpunkt der Abgabe der inhaltsbestimmenden Willenserklärungen eingetreten seien.

Zwar kennt das BGB. eine gewisse Rückwirkung derartiger Umstände — z. B. §§ 159, 184 —, ohne damit aber dem die Rückwirkung hervorrufenden Umstand jegliche für das ganze Rechtsgeschäft inhaltgebende Bedeutung abzusprechen. Es ist vielmehr so, daß durch den eigentlichen Geschäftsabschluß erst ein Schwebezustand mit Bezug auf die zu erwerbenden Rechte entsteht, der sich bei dem Hinzutreten des fehlenden Umstandes zum vollen Rechtserwerb verdichtet. Die Bedeutung dieses Umstandes erschöpft sich nicht in der Feststellung, daß schon früher die Rechtswirkung eingetreten ist, sondern er verhilft der Absicht der Parteien erst zur Vollendung, er schafft erst die Grundlage für den endgültigen Eintritt des erstrebten Rechtserfolgs, der Vollwirkung.

Es läßt sich also nicht vermeiden, tatsächlich einen graduellen Unterschied zwischen den einzelnen die Rechtswirkung zusammen hervorrufenden Umständen aufzusuchen und sie je nach ihren Wirkungen in verschiedene Gruppen einzureihen. Es sind daher von den eigentlichen

[46] Vgl. auch oben S. 15 f.
[47] So Oertmann, Rechtsbedingung, S. 35.
[48] Enneccerus, S. 219 ff. und 395 ff. Karlowa S. 10 ff., von Tuhr, allgem. Teil Bd. II, 1 S. 24 f.

Entstehungstatsachen gewisse andere zu sondern, die nicht eigentlich rechtsbegründend sind, aber gleichfalls vorhanden sein müssen, damit die Wirkung eintritt. Dabei ist es gleichgültig, ob man sie nun rechtsbestätigende, konfirmatorische Tatsache[49] oder Wirksamkeitserfordernis[50] nennt.

Die Einteilung[51] in rechtsbegründende und rechtsbestätigende Tatsachen ist allerdings deshalb nicht brauchbar, weil die Einordnung unter diese beiden allgemein gehaltenen Begriffe im Einzelfall Schwierigkeiten bietet. Der zu einer praktischen und einleuchtenden Unterscheidung führende Weg ist vielmehr von Oertmann aufgezeigt[52]. Da sich gegen ihn irgendwelche schwerwiegenden Bedenken nicht vorbringen lassen und er allein zu einem brauchbaren Ergebnis kommt, sind die folgenden Ausführungen an seine Lehre angelehnt, allerdings mit der Einschränkung, daß alles, was er unter allgemeinen Gesichtspunkten erörtert, hier nur im Hinblick auf die Zustimmung betrachtet wird.

Auszugehen ist wieder von der Beobachtung, daß es bei einem Rechtsgeschäft im ganzen gesehen Umstände gibt, die nicht zum eigentlichen, engeren Tatbestand gehören, deren Fehlen ihn nicht unvollständig macht, sondern nur verhindert, daß er seine vollen Wirkungen entfaltet; und zwar können solche Umstände sowohl durch Parteiwillen wie durch Gesetz zur Voraussetzung des Wirkungseintritts gemacht werden. Sie sind bezüglich ihrer Erscheinungsform verschiedenartig: sie können sowohl als Ereignis wie als Zustand auftreten. Das letztere ist besonders der Fall bei den gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen, wie z. B. Geschäftsfähigkeit, Vertretungsmacht usw.

Daß solche Zustände nicht Tatbestandsstücke sein können, geht aus der Überlegung hervor, daß der rechtsgeschäftliche Tatbestand etwas Werdendes, Entstehendes ist und sich deshalb nur aus einem Verhalten, aus Ereignissen, Handlungen, zusammensetzen kann. Das Gesetz sagt nicht: „Wenn der oder jener Zustand vorhanden ist, liegt ein Rechtsgeschäft vor", sondern es setzt dazu Handlungen, Erklärungen, also eine Tätigkeit voraus, während irgendwelche Zustände oft zwar auch vorhanden sein müssen, aber nicht erst einer bestimmten Handlung durch ihr Vorhandensein Rechtsgeschäftscharakter verleihen.

Seltener treten Geschehnisse als gesetzliche Wirksamkeitserfordernisse auf. Jedoch ist auch ein Ereignis immer dann so zu bezeichnen, wenn es die Aufgabe hat, einen seinerseits als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung erforderlichen Zustand hervorzurufen. Z. B. ist die die Vertretungsmacht hervorrufende Vollmacht ebenso wie die Vertretungsmacht selbst Wirksamkeitserfordernis. Es wäre widersinnig, sie als Geschäftsbestandteil zu bezeichnen. Ein eine bloße Wirksamkeitsvoraussetzung hervorrufendes Geschehnis kann nicht mit dem Hauptgeschäft enger verbunden sein als die Wirksamkeitsvoraussetzung selbst. Die

---

49 Dernburg, Pandekten, § 182; Enneccerus, Rechtsgeschäft, §§ 127; 136; Karlowa S. 10 ff.
50 Oertmann, Rechtsbedingung, S. 21.
51 Vgl. auch oben S. 17 f.
52 Oertmann, ebenda.

logische Reihe führt vom Hauptgeschäft zur Wirksamkeitsvoraussetzung und von da erst zu dem diese hervorrufenden Geschehnis. Das Hauptgeschäft und dieses betreffende Geschehnis haben keine anderen Berührungspunkte als die auf dem Umweg über den als Wirksamkeitsvoraussetzung erforderlichen Zustand vorhandenen. Daher kam das eine nicht Bestandteil des andern sei, sondern nur, wie der betreffende Zustand auch, Wirksamkeitserfordernis, wenn man will, zweiten Grades.

Ein solches Wirksamkeitserfordernis, das nicht zum eigentlichen, spezifischen Rechtsgeschäftstatbestand gehört, aber doch dem an sich fertigen Geschäft erst zur Wirksamkeit verhilft, sei es durch unmittelbare Einwirkung durch das Geschäft selbst, sei es durch Hervorrufen eines zur Vollwirksamkeit nötigen Zustands, ist auch die gesetzlich erforderliche Zustimmung. Sie macht einen ihrer bedürftigen Kaufvertrag nicht erst zu einem Kaufvertrag. Das ist er auch ohne sie. Durch ihr Hinzutreten schafft sie nur einen zur Vollwirksamkeit des Hauptgeschäfts nötigen Zustand, etwa die Vertretungsmacht oder Verfügungsbefugnis[78], und ist daher im Hinblick auf ihn nicht etwa Bestandteil, sondern ebenfalls gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung.

Damit ist aber nur negativ festgestellt, was die Zustimmung nicht ist, nämlich Bestandteil des Hauptgeschäfts; nicht aber geht daraus hervor, ob sie eine selbständige Bedeutung hat. Die kann man ihr erst dann zusprechen, wenn man noch einen Schritt weiter geht und jede „nachholbare, beim Geschäftsabschluß noch ausstehende Wirksamkeitsvoraussetzung" als Rechtsbedingung bezeichnet[54]. Daß das berechtigt ist, zeigt ein Vergleich mit der Geschäftsbedingung. Das Geschäft ist genau so in der Schwebe wie beim Fehlen eines von den Parteien zur Bedingung des Wirkungseintritts gemachten Umstandes. Voraussetzung ist nur, daß etwas da ist, dem Wirksamkeit in der von den Parteien beabsichtigten Richtung erwachsen kann, also ein fertig abgeschlossenes Rechtsgeschäft. Das ist aber bei den Wirksamkeitsvoraussetzungen ebenso der Fall wie bei den Geschäftsbedingungen. Die Bedenken Sibers[55] gegen die Bezeichnung der

---

[53] Der Streit darüber, ob durch die mit der Zustimmung erteilte Befugnis eine Machterweiterung auf Seiten des Vertreters entsteht, ob seine rechtlichen Fähigkeiten vermehrt werden oder nicht, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Wesentlich ist nur, daß durch sie die vom Vertreter für den Vertretenen geschlossenen Geschäfte absichts- und inhaltsgemäß in der Person des den Konsens Erklärenden wirken, was ohne sie nicht der Fall wäre.

[54] Daß von dieser Begriffsbestimmung nur die Genehmigung, nicht aber die Einwilligung erfaßt wird, braucht nicht zu befremden. Faßt man die Genehmigung als Rechtsbedingung auf, so kann dasselbe im uneigentlichen Sinn auch für die Einwilligung gelten, ebenso wie man im Gebiete der Geschäftsbedingung von der conditio in praeteritum collata redet. Das bietet keine Handhabe, hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion Unterschiede zwischen vorheriger und nachfolgender Zustimmung zu machen. Sie sind ihrem inneren Wesen nach gleich und nur hinsichtlich ihrer Wirkungen verschieden, was seine Erklärung darin findet, daß die Rechtslage, die sie vorfinden, verschieden ist. Ähnlich Krückmann, Ermächtigung, S. 93, von Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 1, S. 117; 193; Raape in Arch. ziv. Pr. N. F. I, S. 257.

[55] S. 39.

Zustimmung als Rechtsbedingung sind nicht zutreffend. Er stellt bei einem Vergleich der Willensrichtungen bei rechtsbedingtem und zustimmungsbedürftigem Geschäft fest, daß bei dem ersteren die Parteiabsicht drei verschiedene Erfolge wahlweise erfaßt, nämlich den Schwebezustand, den Eintritt und den Ausfall der Bedingung, und daß jeder der drei eine fertige Rechtswirkung sei. Beim zustimmungsbedürftigen Geschäft dagegen sei notwendig gewollt nur die Wirkung des genehmigten Geschäftes. Daraus folgert er, Rechtsbedingung und Zustimmung seien grundsätzlich verschieden voneinander. Seine Erwägung trifft aber höchstens für den Fall der Geschäftsbedingung zu, die von den Parteien selbst aufgestellt ist. Sobald es sich um gesetzliche Bedingtheit handelt, nehmen sie nur den Eintritt der Bedingung in ihren Willen auf, die beiden anderen Möglichkeiten sind für sie unerwünschte und lästige, zwar auch erwogene, aber nicht gewollte Nebenerscheinungen, ebenso wie der Ausfall der Zustimmung beim konsensbedürftigen Geschäft.

II.

Zusammenfassend ist bezüglich der Zustimmung zu sagen: sie ist Willenserklärung. Das genügt nicht, um ihre Rechtsgeschäftsnatur zu begründen; denn eine Willenserklärung braucht nicht selbständiges Rechtsgeschäft, sondern kann auch Bestandteil eines solchen sein. Um Rechtsgeschäft zu sein, muß die Willenserklärung der Zustimmung einen gewissen selbständigen Rechtserfolg haben. Als solchen könnte man das durch sie hervorgerufene Wirksamwerden des Hauptgeschäfts bezeichnen. Dieser Erfolg genügt aber nicht, wenn man ihn nur als einen Teil des Gesamterfolgs betrachtet und alle einen Teilerfolg hervorrufenden Umstände als Bestandteile ansieht. Das ist aber abwegig. Man muß sie vielmehr von den Tatbestandsstücken im engeren Sinn absondern und als zwar auch erforderlich, aber nicht ausschlaggebend für den Rechtserfolg überhaupt, sondern nur für seine Wirkung in bestimmter Richtung ansehen. Dann ist sie Rechtsbedingung und hat als solche einen zwar unterstützenden, aber vom Hauptgeschäft nicht völlig absorbierten eigenen Rechtserfolg. Das genügt, um sie, wenn auch nicht als selbständiges, so doch gegebenenfalls als gegenüber dem Hauptgeschäft besonderen Regeln — z. B. auch dem § 181 BGB. — unterliegendes Hilfs- oder Ergänzungs-Rechtsgeschäft zu bezeichnen[56]. Dabei soll die Bezeichnung „Hilfsgeschäft" nicht etwa zum Ausdruck bringen, daß sie gegenüber der Wirkung des stellvertretenden Handels eben wegen ihrer unterstützenden Funktion unselbständig im Hinblick auf ihre rechtliche Beurteilung sei, sondern nur, daß sich ihre Wirkung allein in der Unterstützung eines andern Geschäfts entfalten kann.

Die Schlußfolgerung daraus ist also, daß die Zustimmung sehr wohl ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 BGB. ist, und daß diese

[56] Oertmann, Rechtsbedingung, S. 33, Karlowa S. 58 ff., Raape Arch. ziv. Prax. N. F. I, S. 279, u. 295, Planck § 182, 1; Staudinger § 182, 1 und Vorbemerkung III 2 vor § 104, Breit S. 207 f., Manigk, Anwendungsgebiet S. 732, Hupka S. 77 ff. Prot. I, S. 358.

Gesetzesbestimmung, wenn ihre sonstigen Voraussetzungen vorliegen, auf sie anwendbar ist, ohne Rücksicht darauf, ob das Hauptgeschäft von ihr erfaßt wird oder nicht.

§ 3: Die Zustimmung als Rechtsgeschäft zwischen Vertreter und Vertretenem.

Über die Frage nach den Personen, zwischen denen das Rechtsgeschäft der Zustimmung zustande kommt, gibt das Gesetz keinen unmittelbaren Aufschluß. Es bestimmt lediglich in § 182, daß die Zustimmung sowohl gegenüber dem zum Geschäftsabschluß nicht legitimierten Vertreter wie gegenüber dessen Geschäftspartner erklärt werden kann. Daraus kann man aber nicht schließen, sie sei je nach der Richtung der Erklärungsabgabe ein Geschäft mit dem einen oder mit dem anderen[57]. Allenfalls ließe sich die Behauptung[59] rechtfertigen, sie sei, ohne Rücksicht darauf, wem gegenüber sie erklärt wird, ein Rechtsgeschäft sowohl mit dem Vertreter wie mit dem Dritten, in Anbetracht der Tatsache, daß die Rechtsgüter des Dritten auch von ihr berührt werden. Das ändert aber nichts daran, daß sie jedenfalls auch Rechtsgeschäft zwischen Vertreter und Vertretenem ist.

Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Ein Rechtsgeschäft schafft Rechtsbeziehungen zwischen bestimmten Personen. Geschäftsbeteiligt sind nämlich diejenigen Personen, für die eine einseitige oder wechselseitige Ordnung ihrer Verhältnisse durch das Rechtsgeschäft bezweckt und herbeigeführt wird, sodaß die beiderseitige Rechtslage dadurch berührt wird. Wem gegenüber die dazu nötigen Erklärungen abgegeben werden, ist nur eine Formfrage, die keinen Einfluß auf die materiellen Rechtsbeziehungen haben kann. Es ist sogar oft so, daß rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber einer Behörde abgegeben werden können oder gar müssen[58]. In diesem Fall wird niemand behaupten wollen, es käme dadurch ein Geschäft mit der Behörde zusammen. Geschäftspartner ist hier immer die irgendwie rechtlich in Mitleidenschaft gezogene Privatperson[61].

Es kommt darauf an, festzustellen, zwischen wem durch die Erklärung der Zustimmung Rechtsbeziehungen geschaffen werden. Dabei ist wieder die schon in anderem Zusammenhang erörterte[62] Tatsache von Bedeutung, daß die Zustimmung einerseits in enger Beziehung zu dem Hauptgeschäft steht, nämlich seinen Wirkungen Richtung auf eine bestimmte Person gibt, daß sie aber andererseits auch selbständig bewirkt, daß der vorher nicht zum Abschluß Berechtigte Berechtigter wird, sobald sie erklärt wird.

Legt man den ersten Gesichtspunkt zugrunde, so kommt man zu dem Ergebnis, daß sie ein Geschäft zwischen dem Zustimmenden und

---

[57] So Bourier in D. Not. V. 13, S. 568.
[58] Vgl. z. B. §§ 873, 875, 1714 BGB.
[59] Diese Behauptung wird jedoch, soweit ersichtlich, nirgends vertreten.
[60] So Bourier, D. Not. V. 13, S. 574 ff., RG. 76, 89; Bayr. ObLG. 5, S. 547.
[61] Görz S. 165.
[62] Siehe oben S. 8 ff.

dem Dritten ist. Z. B. bewirkt sie, daß der vorher von dem nicht Vertretungsberechtigten mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag, der bisher nur gewisse Rechtswirkungen zwischen den beiden äußerlich am Abschluß Beteiligten haben könnte, nunmehr ein regelrechter Kaufvertrag zwischen dem Zustimmenden und dem Dritten geworden ist. Bei diesem Ergebnis darf man aber nicht stehen bleiben[60]. Diese Wirkung ist schließlich nur die Folge der primären Wirkung, daß dem Vertreter hiermit eine gewisse Macht zuteil wird des Inhalts, entweder für die Zukunft ein bestimmtes Geschäft für den Zustimmenden abschließen zu dürfen, oder daß rückwirkend für die Vergangenheit ein von ihm schon abgeschlossenes Geschäft für und gegen den unbefugt Vertretenen wirkt; oder, wenn man sich an dem Ausdruck „Machterteilung" stößt[63], daß sie eine Wirksamkeitsvoraussetzung für das Hauptgeschäft schafft in dem Sinne, daß es nunmehr nicht nur seiner Art nach dem Willen der Abschließenden entspricht, sondern auch seinen Wirkungen nach.

Dieses letzte ist es, was eigentlich die Rechtsgeschäftsnatur der Zustimmung ausmacht, und deshalb ist es auch das für die vorliegende Frage allein maßgebende Moment. Wenn man schon die Rechtsgeschäftsnatur der Zustimmung bejaht, so muß man auch folgerichtig den weiteren Schritt tun, bei der Untersuchung über die Richtung dieses Rechtsgeschäfts von seinem Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft abzusehen. So kommt man dazu, sie als Geschäft zwischen dem Zustimmenden und dem Vertreter anzusehen, da sie nur zwischen ihnen ihre *selbständigen* Rechtswirkungen hervorbringt. Diese Folgerung läßt sich nicht mit dem Einwand widerlegen, die hervorgerufenen Rechtsbeziehungen müßten gegenseitige sein. Um seine Unrichtigkeit zu zeigen, genügt der Hinweis auf die Einteilung der Rechtsgeschäfte in ein- und zweiseitige.

Besonders einleuchtend wird dieses Ergebnis bei Betrachtung der Vollmacht, die in ihrem Wesen starke Ähnlichkeit mit der Zustimmung hat[64]. Es wird niemand behaupten wollen, die Vollmacht sei ein Rechtsgeschäft zwischen Vertretenem und Drittem, wenn sie auch diesem gegenüber erklärt werden kann. Ihre Rechtswirkung, nämlich die Erteilung der Vertretungsmacht, schafft einzig und allein Rechtsbeziehungen zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Unerheblich ist es dabei, ob sie abstrakt oder kausal ist, d. h. ob sie mit einem ihr etwa zugrundeliegenden anderen Rechtsverhältnis, das die Beziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem näher ausgestaltet, etwa einem Auftrag, zusammenhängt oder nicht. Wesentlich ist allein, daß durch sie Rechtsbeziehungen zwischen den beiden geschaffen werden, die darin bestehen, daß der Vollmachtgeber, die im Rahmen der Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäfte gegen sich gelten zu lassen muß, und daß der Vertreter das Recht hat, durch seine Geschäfte wirksam auf den Rechtskreis des Vollmacht-

---

63 Rosenberg S. 124 ff. Das wäre nämlich insofern gerechtfertigt, als die Zustimmung sich nicht auf die Person des Vertreters, sondern auf seine Handlungen bezieht; denn Handeln kann er auch ohne sie im Namen des Vertretenen; nur wirken seine Handlungen in diesem Fall nicht gegen den Vertretenen.

64 Rohde S. 155, Mot. I, S. 246. Vgl. auch oben S. 9 f.

gebers einzuwirken. Daß durch die Vollmachtserteilung erst die Möglichkeit zum Entstehen von rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen Vollmachtgeber und Drittem geschaffen wird, kommt erst in zweiter Linie in Betracht und ist nur eine Folge der zwischen den an dem Vollmachtgeschäft Beteiligten schon entstandenen Rechtsbeziehungen.

Dieselben Erwägungen müssen auch für die Zustimmung gelten. Ihre rechtliche Konstruktion entspricht der der Vollmacht, und auch die Art und die Richtung der durch sie hervorgerufenen Rechtsbeziehungen müssen demnach dieselben sein. Sie ist also nicht Rechtsgeschäft zwischen denjenigen, die an der rein äußerlichen Erklärungsabgabe beteiligt sind, sondern nur zwischen Vertreter und Vertretenem, als den an ihren Rechtswirkungen materiell Beteiligten[65].

§ 4: Die Anwendbarkeit des § 181 BGB. auf die Zustimmung bei Abgabe der Zustimmungserklärung durch den Vertreter.

I.

Es ist also festgestellt, daß die Zustimmung ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 BGB. ist, daß dieses Rechtsgeschäft zwischen dem Zustimmenden und dem Vertreter, der der Zustimmung bedarf, zustandekommt, daß sie also ein Geschäft ist, welches der Vertretene „mit" dem Vertreter abschließt. Damit ist auch die Anwendbarkeit des § 181 BGB. erwiesen: Erklärt der Vertreter die erforderliche Zustimmung im Namen des Vertretenen, so schließt er in dessen Namen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft jedenfalls dann ab, wenn er gemäß § 182 BGB. die Zustimmung sich selbst gegenüber erklärt.

II.

Zweifelhaft ist nur, ob dasselbe gilt, d. h. § 181 BGB. auch dann anwendbar ist, wenn der Vertreter, was § 182 BGB. ebenfalls gestattet, die Zustimmungserklärung gegenüber seinem Geschäftsgegner abgibt.

Die Begründung dafür, daß auch das zutrifft, ist für uns wesentlich einfacher und ungekünstelter als für diejenigen, die die Zustimmung als Rechtsgeschäft zwischen Vertretenem und Drittem betrachten, wie es teils stillschweigend, teils ausdrücklich ausgesprochen bei vielen Entscheidungen[66] und nahezu in der gesamten Literatur der Fall ist[67]. Diese Auffassung muß letzten Endes mit dem nicht sehr überzeugenden Argument arbeiten, es habe so zu gelten, als handele es sich um ein In-sich-Geschäft, wenn die Zustimmung vom Vertreter dem Dritten gegenüber

---

[65] Rinck S. 68.

[66] RG. Seuff. Arch. 77 Nr. 62; 76, 89; Bayr. ObLG. 13, 22; OLG. 43, 358.

[67] Oertmann, Komm. § 181 BGB., 2a, 5b; Staudinger § 181 BGB. 9b; Planck § 189 1a β; Warneyer § 181 BGB. II; RGRK. § 181, 1; Soergel § 181, 5; von Tuhr, allgem. Teil, Bd. II, 2; S. 345, 365; Rohde, S. 155.

erklärt wird — soweit sie die Anwendbarkeit des § 181 BGB. nicht überhaupt ablehnen[68]; und das läßt sich von ihrem Standpunkt aus wohl rechtfertigen —, während es sich für uns nur darum handelt, darzulegen, daß der ratio des § 181 BGB. entsprechend es bedeutungslos sein muß, wenn ein materiell zwischen zwei bestimmten Personen zustandekommendes Geschäft formell mit einem Außenstehenden abgeschlossen wird.

Diese Frage, ob nämlich auch hier ein Selbstkontrahierungsakt vorliegt, ist nicht mit dem Hinweis darauf abzutun, daß ja das Rechtsgeschäft der Zustimmung auf jeden Fall, gleichgültig, wem gegenüber die betreffende Erklärung abgegeben wird, zwischen Vertreter und Vertretenem zustande komme[69]. Das Problem liegt hier nicht darin, ob die Personen, „zwischen" denen das Geschäft zustande kommt, in einem unter § 181 BGB. fallenden Verhältnis zueinander stehen — daß das bei der Zustimmung zutrifft, ist für uns erwiesen —, sondern allein darin, ob § 181 BGB. auf ein materiell unter ihn fallendes Geschäft auch dann anwendbar ist, wenn die Geschäftserklärung gegenüber einem mit Bezug auf das Geschäft der Zustimmung außenstehenden Dritten abgegeben wird. Die hier zu entscheidende Frage lautet also: Kommt es in § 181 BGB. auf die Erklärungsgegnerschaft oder auf die rein sachliche Beteiligung an? Nicht aber: liegt überhaupt materiell ein Geschäft „zwischen" zwei Personen im Sinne des § 181 BGB. vor?

An Hand des Wortlauts ist eine einwandfreie Beantwortung der Frage nicht möglich. Es ist zwar die Rede von einem Geschäft „mit" jemand. Daraus ließe sich schließen, daß es auf die Personen ankomme, zwischen denen materielle Rechtsbeziehungen entstehen, denn sonst würde es wohl, wie meist im BGB.[70], wenn die äußerliche Richtung einer Erklärung maßgebend sein soll, „gegenüber" heißen. Andererseits kann aber der Ausdruck „vornehmen" zu der Annahme verleiten, der maßgebende Wert sei auf die Art des Zustandekommens dieser Rechtsbeziehungen zu legen; besonders wenn man berücksichtigt, daß im BGB. oft rechtsgeschäftliche Erklärungen nicht zwischen den Personen ausgetauscht werden, die sachlich an den Rechtswirkungen beteiligt sind.

Da im Falle der Zustimmung wohl die Personen, zwischen denen durch sie Rechtsbeziehungen geschaffen werden, in einem Verhältnis gemäß § 181 BGB. zueinander stehen, nicht aber notwendig auch an der Vornahmehandlung beteiligt sind, hat unsere Untersuchung sich darauf zu beziehen, welchem der beiden aus dem Wortlaut des § 181 BGB. entnommenen Argumente eine so ausschlaggebende Kraft zukommt, daß es das andere ausschalten oder doch wenigstens so weit abschwächen kann, daß es nicht mehr maßgebend in Betracht kommt.

Damit begeben wir uns auf ein Gebiet, das sich nicht mit der Auslegung der gesetzlichen Bestimmung ihrem Wortlaut nach begnügt, sondern auf den ihr zugrundeliegenden Sinn und Zweck übergreift.

---

[68] RG. 76, 89; Seuff. Arch. 77 Nr. 62; JW. 31, 2229; 108, 405; OLG. 20, 42; RGRK. § 181, 1 (8. Auflage).

[69] Vgl. oben S. 22 ff.

[70] Vgl. z. B. §§ 111, 115, 116, 121, 123, 143, 151 BGB.

Zu verwerfen ist bei der Auslegung des § 181 BGB. vorweg die Auffassung, die Bestimmung solle lediglich ausdrücklich die begriffliche Unmöglichkeit des sogenannten Selbstkontrahierens dokumentieren[71]. Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil ja ebenso ausdrücklich Ausnahmen gestattet sind, und also, wenn sie zutreffen, voll wirksame Rechtshandlungen trotz ihrer Art des Zustandekommens durch Selbstkontrahieren vorhanden sind. Damit widerspräche das Gesetz sich selbst.

Die Auslegung kann[72] sich nur auf eine Untersuchung darüber beziehen, ob § 181 BGB. allein die Fälle des reinen Insichgeschäfts umfaßt, ob es also lediglich auf die äußerliche Richtung der Geschäftserklärungen ankommt[73], oder ob er vielmehr auch die Fälle erfassen will, wo zwar der materielle, wirtschaftliche Erfolg zwischen zwei Personen, die in einem Verhältnis zueinander stehen, wie es § 181 BGB. verlangt, zustandekommt, die betreffenden Erklärungen aber erlaubter- und wirksamerweise gegenüber einem Dritten abgegeben werden[74].

Um das zu entscheiden, fragt es sich aber, was überhaupt den Anlaß zu dem grundsätzlichen Verbot des Selbstkontrahierens gegeben hat. Darüber geben die Protokolle und Motive zum BGB.[75] zwar keine Gewißheit, da sie den Willen des Gesetzgebers nicht maßgeblich zum Ausdruck bringen, aber doch gewisse Anhaltspunkte, die für die Auslegung von Bedeutung sind. Sie lassen erkennen, daß bei der Abfassung des § 181 BGB. von einander widerstrebenden Gesichtspunkten ausgegangen wurde: Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der Selbstkontrahent immer Vertreter zweier einander widerstreitender Interessen sei, und ein objektiv gerechtes Abwägen derselben, wenn auch in seinem Willen, so doch nicht in seiner Macht läge, da ein Sinken der Wagschale auf der einen Seite immer ein Emporschnellen auf der andern zur Folge haben müsse, und das restlose Vertreten einer Partei — wie es ja im Grunde seine Pflicht sei — nicht von ihm durchgeführt werden könne, sei zur Vermeidung einer Schädigung des Vertretenen und eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht ein derartiges Handeln für unzulässig zu erklären. Demgegenüber sei aber auch das Interesse der Verkehrssicherheit und der Leichtigkeit des Geschäftsverkehrs zu berücksichtigen, da ja dem irgendwie durch das Geschäft in Mitleidenschaft gezogenen Dritten meist nicht erkennbar sei, ob ein Selbstkontrahierungsakt vorliege oder nicht.

---

[71] So Kohler I, S. 497; v. Tuhr Allgem. Teil, Bd. II 2, S. 366, Anm. 202.

[72] Ebenso die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung: Bayr. OLG. 13, 22; OLG. 43, 358, RGRK. (6. Aufl.) § 181, 1; Oertmann Komm. § 181 5 b; Staudinger § 181 9 b; Soergel § 181 5; Rohde S. 155; Huther ZBl. FG. 4, 185; RG. 76, 89; Seuff. Arch. 77 Nr. 62; 108, 405; JW. 31, 2229.

[73] v. Tuhr Allgem. Teil Bd. II 2 S. 360 ff.; Planck § 181, 1 e; RGRK. (8. Aufl.), § 181, 1; RG. 61, 139; 71, 219; 76, 89; 89, 371; OLG. 13, 330; 20, 420.

[74] Staudinger, § 181, 9; Predari, Grundbuchordnung S. 609; Bourier, D. Not. V. 13, S. 563; Huther Zentr. Bl. FG. 4, S. 183; RG. JW. 34, S. 1044; KG. 41, S. 168; Bay. ObLG. 13, 22; RG. 51, 422.

[75] Prot. I, S. 175, Mot. I, S. 224.

Oberster Grundsatz muß für eine wirklichkeitsnahe Auslegung des Gesetzes immer die Rücksicht auf die Allgemeinheit, die Sicherheit des Rechtsverkehrs sein. Wie steht es aber damit in unserm Fall? Auf der einen Seite befindet sich der Geschäftspartner des Vertreters, der bei Anwendbarkeit des § 181 BGB. darunter zu leiden hat, daß sich das Hauptgeschäft solange im Zustand der schwebenden Unwirksamkeit befindet, als der Vertretene nicht selbst seine Zustimmung erklärt hat. Als Behelfsmittel steht ihm aber einerseits auf Grund des § 177 Abs. 2 BGB. die Möglichkeit zur Verfügung, den Vertretenen zu einer Erklärung darüber aufzufordern, wie er sich zum Handeln seines Vertreters stellt — bei gesetzlicher Vertretung muß er das zur Zustimmung zuständige Organ, etwa das Vormundschaftsgericht angehen —, anderseits hat er, gemäß § 179 BGB. unter Umständen Ersatz- oder Erfüllungsansprüche gegen den Vertreter selbst. Der Vertretene auf der andern Seite, der ebenso Mitglied der zu schützenden Allgemeinheit ist, und daher in demselben Maße den Grundsatz der Verkehrssicherheit für sich in Anspruch nehmen kann, ist allein auf womöglich nicht durchsetzbare Ersatzansprüche gegen seinen ungetreuen Vertreter beschränkt, wenn man die Anwendbarkeit des § 181 BGB. ablehnt.

Bei Abwägung der Schädigung dieser beiden als Mitglieder der Allgemeinheit in Betracht kommenden Personen neigt sich die Wagschale auf die Seite des Vertretenen. Soll etwa jemand, der wohl in vielen Fällen weiß, daß er mit einem Vertreter abschließt, begünstigt werden gegenüber jemand, der im Vertrauen auf die Redlichkeit seines Vertreters diesem die Möglichkeit zur Einwirkung auf seinen Rechtskreis gegeben hat oder gar kraft Gesetzes dazu gezwungen ist, und der die einzelnen Handlungen des Vertreters garnicht kontrollieren kann, weil sie ihm nicht unbedingt bekannt werden müssen, bis er vor der vollendeten Tatsache eines gegen ihn wirksamen Geschäftes steht?

Zwar hat der Vertretene sich oft seinen Vertreter selbst ausgesucht und wußte daher, wem er die Vertretungsbefugnis einräumte; aber ebenso ist der Dritte in der Auswahl seiner Vertragsgegner frei. Es kann daher nur darauf ankommen, wessen Vertrauen mehr des Schutzes bedarf. Das ist aber der Vertretene; denn er hat sich durch die Erteilung der Vertretungsmacht mit dem Vertreter identifiziert, während der Dritte zu diesem auf Grund der Natur des zwischen ihm und dem Vertreter zustande kommenden Rechtsgeschäftes in einem natürlichen Gegensatz steht.

Ausschlaggebend für die Auslegung des § 181 kann also nur das mutmaßliche Interesse des Vertretenen sein.

Der oben zugrunde gelegte Fall ist nun allerdings besonders kraß. Es braucht sich nicht um einen unredlichen Vertreter oder um eine Kollusion zwischen ihm und dem Dritten zu handeln, es ist sehr wohl denkbar, daß ein solches durch Selbstkontrahieren zustande gekommenes Geschäft durchaus auch im Interesse des Vertretenen liegt, zu seinen Gunsten wirkt. Aber da selbst der Wortlaut des § 181 BGB. keinen Unterschied zwischen dem Vertretenen schädlichen und günstigen Geschäften macht und etwa dem Vertreter das Selbstkontrahieren zu Gunsten des Vertretenen gestattet, können solche Erwägungen für die Anwendbarkeit

der Bestimmung im einzelnen Fall auch nicht maßgebend sein. Eine derartige Unterscheidung muß auch schon daran scheitern, daß es praktisch unmöglich ist, im Einzelfall einen objektiven Maßstab für eine Beurteilung der Interessenverteilung zu finden und eine neutrale Stelle einzusetzen, von deren Entscheidung die Bejahung oder Verneinung der Anwendbarkeit des § 181 BGB. abhängt.

Die beim Selbstkontrahierungsakt besonders große Gefahr der Kollusion und der Umstand, daß das wirksame Geschäft auch sonst wohl oft von Interesse für den Vertreter ist, da es ihn z. B. von etwaigen Einstands- und Ersatzpflichtigen befreit, ist nur ein Argument für die Auslegung im Allgemeinen, nicht für die Anwendung im einzelnen Fall. Grundsätzlich gibt es nur ein Entweder-Oder[76]. Entweder § 181 BGB. ist immer anwendbar, wenn dem wirtschaftlichen Erfolg nach ein unter ihn fallendes Geschäft vorliegt ohne Rücksicht auf die Richtung der dazugehörigen Erklärung, oder er ist es nie. Aus der Tatsache, daß ein Selbstkontrahierungsakt vorteilhaft für den Vertretenen ist, ließe sich nur zur Milderung von Härten eine stillschweigende Gestattung des Selbstkontrahierens entnehmen und damit eine vom Gesetz gebilligte Ausnahme.

Aber auch abgesehen von dem zugunsten des letzteren zu entscheidenden Widerstreit zwischen der Verkehrssicherheit einerseits, dem Interessenkonflikt und der damit verbundenen Schädigung des Geschäftsherrn andererseits sprechen noch andere Erwägungen in demselben Sinne.

Der Zweck des § 181 BGB. geht dahin, nach Möglichkeit zu vermeiden, daß der Vertreter seine Macht über die Rechtssphäre des Vertretenen für seine eigenen Interessen ausnutzt, jedenfalls soweit das dadurch geschieht, daß niemand, der es hindern könnte oder auch nur Interesse an einer Verhinderung hat, Einblick in sein Tun erhält. Das darf natürlich nicht soweit führen, daß man jeden Fall des Interessenkonfliktes, auch wenn er formell nicht die geringste Handhabe für eine Anwendung des § 181 BGB. bietet, wie es z. B. bei einem vom Vertreter in seinem eigenen Interesse zu Lasten des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossenen Bürgschaftsvertrag der Fall ist, unter die Bestimmung fallen läßt. Aber um den Vertretenen vor Handlungen zu schützen, die ihm in der Regel nicht frühzeitig genug erkennbar werden, damit er etwa durch Entziehung der Vollmacht vorbeugen könnte, ist eine Ausdehnung auf solche Fälle, die, wenn auch nicht zweifelsfrei formell, so doch materiell einen Selbstkontrahierungsakt darstellen, geboten, wenn auch der Wortlaut des Gesetzes zu eng gefaßt ist[77].

Es widerspricht auch dem natürlichen Rechtsempfinden, wenn man annehmen wollte, in § 181 BGB. komme es ausschließlich auf die Form des Zustandekommens eines Rechtsgeschäftes an[78], nicht aber auf das zugrundeliegende Interesse. Es ist nicht anzunehmen, daß die Schöpfer des BGB. eine derartig willkürliche Vorschrift aufstellen wollten, die praktisch sicherlich auf viele Fälle zutrifft, die aber — das Gesetz selbst

[76] So wenigstens für den Grundbuchverkehr, KG. 41, 168; 37 A. 283.
[77] So z. B. Staudinger, § 181, 9.
[78] So mit besonderer Deutlichkeit RGRK. § 181 1, RG. 76, 89.

bietet sogar reichliche Handhabe dazu — meist irgendwie umgangen werden kann, durch Zuhilfenahme einer anderen Geschäftsform[79]. Das Gesetz enthielte einen Widerspruch in sich selbst, wenn es einerseits das Selbstkontrahieren nur bei reinem Insichgeschäft verbieten, anderseits aber der Vermeidung des Insichgeschäfts Tür und Tor öffnen wollte, wie es z. B. in §§ 167, 182 BGB. geschieht. Durch diese Bestimmungen wird dem Vertreter nämlich Gelegenheit gegeben, einem Geschäft, das materiell zwischen ihm und dem Vertretenen zustandekommt, durch Abgabe der Geschäftserklärungen gegenüber einem Dritten rein äußerlich den Charakter des Insichgeschäfts zu nehmen. Es kann nicht richtig sein, daß § 181 BGB. durch eine fast immer zur Verfügung stehende rechtliche Konstruktion der Geschäftsvornahme, bei der eine Behörde oder ein Dritter als Empfänger der abgegebenen Erklärung erscheint, ausgeschaltet wird. Ein solcher Widerspruch ist einem durchweg klaren und durchdachten Gesetzeswerk kaum zuzutrauen. Selbst wenn bei seiner Abfassung an Fälle wie den vorliegenden nicht gedacht wurde, so ist es die vornehmste Aufgabe der Fortentwicklung des Rechts, alle Härten und Widersprüche durch eine zweckentsprechende Auslegung zu vermeiden. Zweckentsprechend aber ist allein die Anwendung des § 181 BGB. auch auf solche Fälle, deren Einordnung lediglich aus formellen Gründen zweifelhaft erscheint, wobei in unserem Fall noch besonders zu berücksichtigen ist, daß die Wirkung der betreffenden Erklärung dieselbe ist, ob sie nun dem einen oder dem anderen gegenüber erklärt wird.

Für eine engere Auslegung des § 181 BGB. könnte man zwar noch anführen, daß das Gesetz zur Vermeidung von Interessenkonflikten besonderer Art die Vertretungsmacht über § 181 BGB. hinaus eingeschränkt habe[80], z. B. in den §§ 456, 1795, 1630 BGB. Aber das ist kein zwingendes Argument. Eine Einschränkung der Vertretungsmacht über § 181 BGB. hinaus in einzelnen Sonderfällen, kann nicht daran hindern, den im § 181 BGB. zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken für andere, einer Sonderregelung nicht unterliegende Fälle fortzuentwickeln und im vollen Umfang, ohne Rücksicht auf die buchstäbliche Fassung zur Geltung zu bringen[81].

Es besteht also alle Veranlassung, den § 181 BGB. auf derartig zweifelhafte Fälle jedenfalls dann anzuwenden, wenn mit der Erklärung an einen Dritten lediglich derselbe Erfolg bezweckt und erreicht werden kann, wie mit dem reinen In-sich-Geschäft. Die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Geschäftes darf nicht in die Hände des Vertreters gelegt sein. Sonst würde immer, wenn das Gesetz derartige Möglichkeiten offenläßt, die Vorschrift des § 181 BGB. ein toter Buchstabe bleiben.

Für diese Auffassung spricht auch die Entstehung des § 24 des 1. Entwurfs der GBO., der ursprünglich bestimmte: „Auf Grund einer Ein-

---

[79] z. B.: Der Vertreter, der zu seinen Gunsten über Rechtsgüter des Vertretenen verfügen will, bestellt sich zur Entgegennahme der dazu erforderlichen Erklärungen einen Substituten.

[80] So von Tuhr, Allgem. Teil, Bd. II, 2, S. 367; Anm. 205.

[81] Predari in Gruch. 63, S. 684; Oertmann, Komm. § 181, früher auch RGRK. (6. Aufl.) § 181, Anm. 1.

tragungsbewilligung, die der Vertreter des Berechtigten zu seinen eigenen Gunsten erteilt hat, soll die Eintragung nicht angeordnet werden". Da diese Bestimmung in der endgültigen Fassung gestrichen ist, liegt die Annahme nahe, daß dies deshalb geschehen ist, weil inzwischen durch § 181 BGB. das Selbstkontrahieren schlechtweg verboten worden war, und man annahm, daß darunter auch der Fall zu verstehen sei, daß der Vertreter eine Erklärung, die er sich selbst gegenüber abgeben kann, vor dem Grundbuchamt abgibt[82].

Wenn auch — was zugegeben werden muß — § 181 BGB. zu eng und formalistisch gefaßt ist, so muß es doch vermieden werden, ihn noch formalistischer auszulegen und davon auszugehen, es komme nur darauf an, ob zwischen Vertreter und Vertretenem Willenserklärungen abgegeben worden sind, nicht aber darauf, ob zwischen ihnen Rechtsbeziehungen entstehen sollen oder gar, ob bei diesen Rechtsbeziehungen der Vertretene gewinnender oder verlierender Teil ist[83].

Ergebnis ist demnach, daß es für die Anwendbarkeit des § 181 BGB. nichts ausmacht, daß eine zu einem materiell zwischen Vertreter und Vertretenem zustandekommenden Geschäft gehörende Erklärung vom Vertreter nicht sich selbst, sondern einem Dritten gegenüber abgegeben wird.

Die Rechtslage im Fall der Zustimmung ist also folgende: Das Hauptgeschäft befindet sich trotz Erklärung der Zustimmung durch den Vertreter nach wie vor im Zustand der schwebenden Unwirksamkeit, da es an der nötigen Zustimmung fehlt. Ob die vom Vertreter erklärte Zustimmung vom Vertretenen genehmigt werden kann, bestimmt sich danach, ob die entgegen § 181 BGB. abgeschlossenen Geschäfte unheilbar nichtig oder nur schwebend unwirksam sind, eine Streitfrage, die hier nicht zu erörtern und praktisch auch bedeutungslos ist, da eine Zustimmung zur Zustimmung des Vertreters zugleich eine Zustimmung zum Hauptgeschäft ist.

---

[82] Predari, Gruch. 63, 688. KG. 41, 168.
[83] Bourier, D. Not. V. N. F. 17, S. 91.

2. Teil.

§ 5: Die Aufgabe des 2. Teils.

Der Umstand, daß der im 1. Teil dieser Arbeit behandelte Anwendungsfall des § 181 BGB., wie die angeführten Fälle zeigen, besonders häufig im Familienrecht auftritt, gibt Anlaß zu einer Untersuchung darüber, wie es sich mit der Anwendung des § 181 BGB. auf diesem Rechtsgebiet überhaupt verhält.

Es erhebt sich nämlich die Frage, ob auch hier § 181 BGB. in dem für das Verkehrsrecht gerechtfertigt erscheinenden weiten Umfang Berechtigung hat. Und zwar ist diese Frage nicht nur für den Sonderfall der bisher allein behandelten Zustimmung zu stellen, sondern für den gesamten Anwendungsbereich dieser Gesetzesbestimmung, die auf Grund der §§ 1795 II, 1630, 1910 BGB. heute in vollem Umfang im Familienrecht anzuwenden ist, ohne Rücksicht darauf, ob diese unbeschränkte Anwendung nicht in vielen Fällen zu unbilligen und überflüssigen Härten und zu Ergebnissen führt, die mit dem Sinn und der Bedeutung des Familienrechts nicht in Einklang stehen.

Im Rahmen der bestehenden Regelung ist es — wie zu zeigen sein wird — allenfalls möglich, die sich aus der unbeschränkten Anwendung ergebenden Folgerungen im Einzelfall zu mildern, nicht aber sie völlig zu beseitigen.

Die folgenden Untersuchungen sollen sich aber darüber hinaus auch darauf erstrecken, ob der Geltungsbereich des § 181 BGB. im Familienrecht nicht überhaupt, besonders im Hinblick auf die heutigen grundlegend geänderten Rechtsanschauungen auf diesem Rechtsgebiet, grundsätzlich nach anderen Gesichtspunkten als bisher zu gestalten und erforderlichenfalls einzuengen ist.

Bei einer Kritik des bestehenden Rechtszustandes sind 3 verschiedene Gruppen von familienrechtlichen Beziehungen gesondert zu betrachten.

Es handelt sich einmal um diejenige Gruppe, die durch natürliche Beziehungen der Blutsverwandtschaft, wie sie im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern zum Ausdruck kommen, gekennzeichnet wird.

Die 2. Gruppe kann man als das Verhältnis der Wahlverwandtschaft bezeichnen insofern, als durch freie Vereinbarung eine der Blutsverwandtschaft ihrem Sinn und Zweck nach ähnliche und zu ihrem Ersatz bestimmte oder an ihre Stelle tretende Beziehung zwischen zwei Personen geschaffen wird, wie es z. B. bei der Adoption bzw. der Ehe der Fall ist.

Die 3. Gruppe umfaßt alle diejenigen Fälle, bei denen eine familienrechtliche Beziehung durch Gesetz oder einen richterlichen Akt herbeigeführt wird, wie bei der Vormundschaft und der Pflegschaft, wo einer

fremden Person eine Stellung eingeräumt wird, die eigentlich ein Verwandter auszufüllen hätte.

Bei allen diesen Gruppen kann § 181 BGB. eine Rolle spielen.

Es ist nun allerdings im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich und für das Endergebnis auch überflüssig, alle einzelnen Anwendungsfälle des § 181 einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen. Es genügt auch für unsern Zweck, einzelne für das zu behandelnde Problem besonders bezeichnende Fälle herauszugreifen und auf Grund der an ihnen gewonnenen Ergebnisse das Für und Wider der Anwendbarkeit des § 181 BGB. für jede der drei Gruppen zu erörtern.

Solche Fälle, die besonderen Anlaß zu einer Überprüfung der Anwendung des § 181 BGB. im Familienrecht und zu einer Kritik des bestehenden Rechtszustandes geben, sind die Erbteilung zwischen dem gesetzlichen Vertreter und den Kindern, die Schenkung des gesetzlichen Vertreters an das seiner Gewalt unterworfene Kind und schließlich bei der Bevormundung eines Ehegatten durch den andern, außer den beiden genannten Fällen der Erbteilung und Schenkung, besonders auch die gemäß §§ 1375, 1395 BGB. erforderliche Zustimmung zu Verfügungen über eingebrachtes Gut.

Die beiden erstgenannten Fälle können also als Beispiel für alle drei Gruppen dienen, da Schenkung und Erbteilung nicht nur zwischen Eltern und Kindern, sondern ebenso zwischen Ehegatten und zwischen Mündel und Vormund vorkommen können.

Die Einzelfälle sollen zunächst vom Standpunkt des geltenden Rechts und die im Zusammenhang mit ihnen bestehenden Theorien im Rahmen der bisherigen Rechtsanschauungen behandelt werden. Im Anschluß daran ist zu prüfen, ob die heute umgestalteten Ansichten über den Sinn des Familienrechts schon jetzt eine andere Lösung zulassen, oder ob eine solche wenigstens de lege ferenda zu befürworten ist.

§ 6: § 181 BGB. in seiner Anwendung auf die Erbteilung zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und seinen minderjährigen Kindern.

Auszugehen ist von dem einfachen Fall, daß eine Ehefrau stirbt und als gesetzliche Erben außer ihrem Ehemann die gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder zurückläßt. Ihr Nachlaß besteht aus beweglichem und unbeweglichem Vermögen.

Unter den Erben soll, sei es, weil der Mann wieder heiraten will, oder aus sonstigen Gründen eine Auseinandersetzung stattfinden.

Da es sich bei den zu der Auseinandersetzung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen nicht um solche handelt, die dem Erben lediglich einen rechtlichen Vorteil verschaffen, müssen die Kinder, selbst wenn sie bereits über 7 Jahre alt und daher beschränkt geschäftsfähig sind, dabei von ihrem Vater vertreten werden.

Das führt jedoch, auch im Hinblick auf § 181, zu keinen Schwierigkeiten, soweit die Auseinandersetzung auf dem gesetzlichen Wege der §§ 2042 ff. BGB. in der Art erfolgt, daß das zum Nachlaß gehörige Geld nach Verhältnis der Erbteile geteilt, die unbewegliche und die sonstige unteilbare Hinterlassenschaft öffentlich versteigert und der Erlös aufgeteilt wird. Zwar kommt der Vater auch hier in die Lage, rechtsgeschäftliche Erklärungen für sich und jedes einzelne der Kinder abgeben zu müssen, wie es z. B. bei der Teilung des Erlöses der Fall ist, wobei jeder einzelne Erbe auf seine Ansprüche gegen die Gemeinschaft verzichtet, da diese durch die Auseinandersetzung aufgehoben wird, gemäß §§ 2042, 752 BGB. Jedoch ist dem Vater das trotz § 181 BGB. hier in vollem Umfang gestattet, da es sich bei der Durchführung der gesetzlichen Auseinandersetzung nur um die Erfüllung einer jedem Miterben gegenüber den anderen obliegenden Verbindlichkeit handelt[84]. Jedoch bestehen gegen diese einfache Art der Erbteilung insofern Bedenken, als eine Versteigerung der Nachlaßgegenstände — Teilung in natura wird abgesehen von Geld meist nicht möglich sein — den Erben Nachteil zu bringen pflegt, da erfahrungsgemäß durch die mit der gesetzlichen Teilung verbundene Versteigerung eine volle Auswertung des Nachlasses nicht erreicht wird, sondern immer mit einem Mindererlös gerechnet werden muß[85]. Dieser Beobachtung entspricht es denn auch, daß Erbteilungen meist nicht auf dem gesetzlichen Wege vorgenommen werden.

Für die Auseinandersetzung nach freier Vereinbarung stehen die verschiedensten Wege zur Verfügung. Als Hauptmöglichkeiten wären etwa zu nennen: 1. freihändige Veräußerung des Nachlasses, soweit er nicht aus Geld besteht, und Teilung des Erlöses unter den Miterben[86]; 2. Umwandlung von Gesamthands- in Bruchteilseigentum[87]; 3. Teilung des Nachlasses in der Weise, daß jeder der Miterben einen Teil der Nachlaßgegenstände als Abfindung auf seinen Erbteil übernimmt.

Eine Aufzählung von noch mehr Varianten, die je nach der Zusammensetzung des Nachlasses die verschiedensten Wege gehen können, erübrigt sich, da sich an den bisher genannten die bestehende Rechtslage mit Wirkung für alle sonst noch möglichen Fälle darlegen läßt.

Sie ist nämlich bei Anwendung des § 181 BGB. so, daß bei jeder dieser auf Vereinbarung beruhenden Teilungsmöglichkeiten der Vater nicht in der Lage ist, die Auseinandersetzung ohne Zuhilfenahme dritter Personen als Pfleger durchzuführen[88]. Und zwar steht der Durchführung der Teilung durch den Vater allein § 181 BGB. in verschiedener Hinsicht entgegen. Es ist einmal der Fall, soweit der Vater als gesetzlicher Vertreter der mehreren Minderjährigen an der Vertretung aller Kinder verhindert ist, gemäß § 1795 Abs. 2, 181 BGB. und nur für eins

---

[84] RG. 93, 334. Du Chesne D. Not. V. 18, 165 ff. Hagen, DJZ. 62, 267; Rohde ZBl. FG. 14, 337; Bourier D. Not. V. 68, 369.

[85] Wieacker 278.

[86] Vgl. RG. 93, 334.

[87] Vgl. RG. 67, 61.

[88] Staudinger § 1630 VI 5 a δ; RG. 93, 334. Vgl. Recht 1901, 431. v. Thur Bd. II, 2, 365.

von ihnen handeln kann. Anderseits greift § 181 BGB. aber auch insofern ein, als er selbst als Miterbe beteiligt ist und demnach als Vertragsgegner keines der Kinder vertreten kann. Im letzteren Fall müssen demnach sogar soviele Pfleger bestellt werden, wie Kinder vorhanden sind, da die Pfleger ihrerseits gemäß § 1910 BGB. ebenfalls den Schranken des § 181 BGB. unterliegen, während der Vater, wenn er persönlich nicht beteiligt ist, wenigstens eins der Kinder vertreten kann.

Dieses Ergebnis ist jedoch sehr umstritten und zwar weniger wegen seiner etwaigen Unrichtigkeit als vielmehr im Hinblick auf seine möglicherweise in garkeinem Verhältnis zu Umfang und Wert des Nachlasses stehende Umständlichkeit und die Kostspieligkeit der Bestellung eines oder mehrerer Pfleger.

Es sind zur Vermeidung dieser in der praktischen Durchführung liegenden Schwierigkeiten die verschiedensten Versuche zur Ausräumung des § 181 BGB. in diesem Fall gemacht worden.

Diese Versuche lassen sich in zwei verschiedene Gruppen einteilen, mit Rücksicht darauf, wie sie das beiden gemeinsame Ziel, nämlich die Vermeidung der mehrfachen Pflegerbestellung, zu erreichen trachten.

Während die eine Gruppe sich um den Nachweis bemüht, daß bei allen Arten der freien Erbteilung die zur Anwendung des § 181 BGB. führenden Voraussetzungen nicht vorhanden sind, bzw. daß eine der in dieser Bestimmung selbst enthaltenen Ausnahmen vorliege, beschränkt sich die andere darauf, Auseinandersetzungsmöglichkeiten aufzuzeigen, bei denen keine Insichgeschäfte erforderlich sind.

Unter die erste Gruppe fällt der Versuch, nachzuweisen, daß bei der Erbteilung von einem Selbstkontrahieren überhaupt nicht die Rede sein könne[89], da es sich bei dem Auseinandersetzungsvertrag nicht um einen einfach zweiseitigen, sondern um einen zusammengesetzten Vertrag handele, der sich in eine der Zahl der Miterben entsprechende Anzahl von Einzelverträgen zwischen je einem der Miterben und der Gemeinschaft der übrigen zerlegen lasse. Dementsprechend genüge die Bestellung eines einzigen Pflegers für die einzelnen der Gemeinschaft gegenübertretenden Erben, die in Geltendmachung ihrer Einzelrechte nur mit dieser, nicht aber untereinander kontrahierten, während sie, soweit sie in der Gemeinschaft handelten, wiederum durch nur eine Person, nämlich den Vater, vertreten werden könnten[90].

Gegen diese Konstruktion bestehen vom Standpunkt des geltenden Rechts aus starke Bedenken. Wenn sich nämlich auch der Auseinandersetzungsvertrag theoretisch in mehrere, der Zahl der Miterben entsprechende Einzelverträge der einzelnen Miterben mit der Gemeinschaft zerlegen läßt, so ändert das doch nichts an der Tatsache, daß, sofern der Teilungsvertrag für alle Erben zugleich, „uno actu", abgeschlossen wird, dieselben Miterben notwendig sowohl als der Gemeinschaft gegenüber-

[89] Bourier, D. Not. V. 18, 372. Ähnlich Bayr. Ob. LG. 3, 311. Dagegen Staudinger § 1630, 5a d.
[90] Bourier a.a.O. 373 f.

stehende Einzelpersonen wie auch als Mitglieder eben dieser Gemeinschaft auftreten müssen[91]. Damit liegt aber ein Selbstkontrahieren in der Person des Vertreters mehrerer Erben vor. Es befremdet auch, daß jeder Miterbe gewissermaßen in zwei Einzelpersönlichkeiten zerlegt werden soll, von denen die eine der Gemeinschaft zugewiesen wird, während die andere derselben Gemeinschaft fordernd gegenübersteht.

Es handelt sich in Wirklichkeit immer um dieselbe Person und ihre Interessen, für die nur eine Doppelstellung konstruiert wird.

Der für die Erben, sobald sie gegenüber der Gemeinschaft handeln, bestellte Pfleger mag zwar formell Verträge mit der durch den Vater vertretenen Gemeinschaft abschließen, materiell werden diese Verträge aber auch mit den übrigen, von ihm ebenfalls vertretenen Minderjährigen abgeschlossen. Als Vertreter eines von ihnen tritt er dabei notwendig in einen Gegensatz zu den übrigen, deren Interessen er ebenfalls vertreten soll. So klar daher diese Ansicht unter dem Gesichtspunkt juristischer Konstruktion erscheint, so einleuchtend ist auch, daß sie nur gedanklich, nicht aber praktisch die vollen Folgerungen aus der Anwendbarkeit des § 181 BGB. vermeidet.

Hinzu kommt außerdem noch, daß die Bestellung eines einzigen Pflegers dann nicht genügt, wenn der Vater als Miterbe beteiligt ist. Denn auch dieser tritt notwendig in seiner Eigenschaft als Miterbe bei dem Teilungsvertrag der Gemeinschaft als Vertragsgegner gegenüber und kann diese daher insoweit nicht vertreten[92].

Eine andere Ansicht[93] versucht, nachzuweisen, daß eine der Ausnahmen des § 181 BGB. vorliegt, da eine stillschweigende Gestattung des Selbstkontrahierens kraft Gesetzes vorhanden sei. Diese ergebe sich nicht nur aus der natürlichen Lebensauffassung[94], die ebenso wie das geschriebene Gesetz Quelle des Rechtes sei, sondern auch aus dem Grundgedanken des Gesetzes selbst[95].

Daraus, daß die rechtsgeschäftliche Gestattung durch den Geschäftsherrn bei der gewillkürten Vertretung nicht ausdrücklich erklärt werden müsse, sondern auch stillschweigend erfolgen könne, sei zu folgern, daß auch eine stillschweigende Gestattung kraft Gesetzes möglich sei. Eine solche ergebe sich zwar nicht aus einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift, wohl aber daraus, daß das Gesetz die Vermutung der Zweckmäßigkeit und Vernünftigkeit für sich habe, und daß es daher nicht eine der heutigen unpraktischen und umständlichen Rechtslage entsprechende Regelung getroffen haben würde, wenn es an diesen Fall gedacht hätte.

Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob eine derartige Gesetzeslücke, die zur Not eine so weitgehende Auslegung rechtfertigen würde, überhaupt besteht. Es ist vielmehr sehr wohl denkbar, daß das Gesetz für die Erbteilung, obschon dieser Fall in den Gesetzesmaterialien nicht besonders

---

91 Schleicher 170.
92 Schleicher, D. Not. V. 19, 169.
93 Schneider, D. Not. V. 11, 644; Bodenhein, Seuff. Bl. 75, 454.
94 Schneider, 644.
95 Schleicher, D. Not. V. 19, 169.

erwähnt ist[96], ganz bewußt keine Ausnahme von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 181 BGB. in Form einer Generalklausel des Inhalts, er gälte dann nicht, wenn es unpraktisch sei, hat machen wollen. Das wäre vom Standpunkt des Gesetzes aus sogar verständlich. Denn es treten erfahrungsgemäß gerade bei der auf freier Vereinbarung beruhenden Erbteilung häufig so viele vermeintliche oder wirkliche Interessengegensätze zwischen den Miterben auf, und sie werden oft, wenn es sich auch nur um Kleinigkeiten handelt, mit einer solchen Intensität und Erbitterung durchgefochten, daß das Gesetz, um auch nur den Schein der Benachteiligung einzelner Erben zu vermeiden, an der aus seinen Bestimmungen sich ergebenden zwar umständlichen, aber in seinem Sinne doch korrekten Regelung festgehalten und keine Veranlassung genommen hat, auch nur für einzelne Fälle der Erbteilung eine Ausnahme zu machen.

An dieser Annahme kann auch der Hinweis auf die stillschweigende Gestattung bei der gewillkürten Vertretung nichts ändern.

Es besteht vielmehr zwischen der gewillkürten und der gesetzlichen Vertretung ein grundlegender Unterschied insofern, als bei der ersteren der Vertreter jederzeit in der Lage ist, den Gebrauch, den der Vertreter von der erweiterten Vertretungsmacht macht, zu kontrollieren, während der gesetzlich Vertretene seinem Vertreter auf Gnade und Ungnade ausgeliefert ist. Daran kann auch die Macht des Vormundschaftsgerichts nichts ändern, das meist erst dann von einem Mißbrauch erfahren wird, wenn es zu spät ist.

Auch dieser Unterschied ist ein Argument dafür, daß dem Gesetz eine stillschweigende Gestattung nicht zu entnehmen ist, sondern daß es bewußt die Schranken des § 181 BGB. in vollem Umfang aufrecht erhalten hat.

Dafür spricht schließlich auch noch, daß bei der gewillkürten Vertretung die Annahme einer stillschweigenden Gestattung nur von Fall zu Fall und zugunsten des Geschäftsherrn erfolgt, während bei der gesetzlichen die Gestattung für einen ganzen Komplex von möglicherweise hinsichtlich der Interessenlage ganz verschiedenartigen Geschäften als erfolgt anzusehen wäre, da eine verschiedene Behandlung je nach der Lage des Einzelfalles hier nicht angängig ist. Entweder liegt die Gestattung kraft Gesetzes in jedem Fall vor oder garnicht. Ein Mittelweg würde zu Rechtsunsicherheit führen.

Eine Gestattung des Selbstkontrahierens für den gesetzlichen Vertreter läßt sich für das geltende Recht auch nicht auf dem Weg über § 1846 BGB. konstruieren, wie es ebenfalls versucht worden ist[97]. Zwar ist es richtig, daß das Vormundschaftsgericht im Rahmen dieser Vorschrift zu eigenem Handeln berechtigt ist und demnach, soweit es selbst bei Abschluß des Teilungsvertrages mitwirken könnte, auch die Zustimmung zum Selbstkontrahieren erteilen kann[98]. Jedoch geht die

[96] Vgl. die einschlägigen Stellen: Mot. IV S. 740, 1088; Prot. IV S. 557, 756.

[97] Bodenheim, a.a.O. 458.

[98] RG. 71, 167; RGRK. zu § 1846; Staudinger, § 1846 Anm. 1.

herrschende Meinung[99] dahin, daß die Befugnis des § 1846 BGB. dem Vormundschaftsgericht nur in dringenden Fällen zusteht, die bei einer Erbteilung meist nicht vorliegen werden. Diese Ansicht ist vom Standpunkt des geltenden Rechts aus jedenfalls zu billigen. Eine Ausdehnung der Vorschrift auf gewöhnliche Fälle würde zu einer Beseitigung und Verwischung der durch das Vormundschaftsrecht gezogenen Schranken führen und könnte vor allem auch eine Ausschaltung der zwingenden Vorschrift des § 1773 BGB. herbeiführen, wonach jeder Minderjährige unter den dort bezeichneten Voraussetzungen einen Vormund erhalten muß. Die Ansicht Bodenheims zeugt auch von einer völligen Verkennung der Stellung des Vormundschaftsgerichts im BGB., deren hervorstechendstes Merkmal es ist, daß ihm grundsätzlich nur eine begutachtende und beaufsichtigende Tätigkeit zusteht, während die Anlässe für eine ausnahmsweise positiv handelnde Tätigkeit im einzelnen genau festgelegt sind, wie z. B. in §§ 1844, Abs. 2, 1846 BGB. Sein freies Ermessen erstreckt sich im Rahmen dieser Vorschriften nur auf die Feststellung, ob ein Eilfall vorliegt, und erst, wenn es das bejaht hat, kann es selbst und unmittelbar handelnd eingreifen.

Endlich ist noch der Versuch zu erwähnen[100], der auch die freie Auseinandersetzung als ausschließliches Erfüllungsgeschäft ansieht, und zwar deshalb, weil die auf Vereinbarung beruhende Auseinandersetzung zwar nicht direkte Erfüllung einer Verbindlichkeit, wohl aber Leistung an Erfüllungsstatt sei, sofern nur durch den Teilungsvertrag der gesetzlich verankerte Anspruch auf die Auseinandersetzung befriedigt und nicht das Teilungsinteresse und der daraus entspringende Anspruch verändert werde. Auch diese Ansicht kann mit dem bestehenden Recht selbst entnommenen Argumenten widerlegt werden. Die Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung — d. h. hier die Billigung eines von dem gesetzlichen verschiedenen Auseinandersetzungsanspruchs — setzt nämlich ebenfalls einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner voraus in dem Sinn, daß der Gläubiger gegen Leistung des nicht geschuldeten Gegenstandes auf seinen Leistungsanspruch bezüglich des ursprünglich geschuldeten verzichtet, also einen Verzichtvertrag[101].

Was die zweite Gruppe von Lösungsversuchen betrifft, so sind auch sie nicht in der Lage, einen allgemein gültigen, bedenkenfreien Ausweg für das behandelte Problem aufzuzeigen.

Es ist zwar richtig, daß, wie Schleicher[102] ausführt, ein Vertrag unter den minderjährigen Miterben nicht geschlossen wird, wenn der Vater zunächst den gesamten Nachlaß übernimmt und zugleich die Verpflichtung, die den einzelnen Kindern zugedachten Nachlaßgegenstände an diese zurückzuübertragen. Für die Kinder brauchte in diesem Fall allerdings nur ein Pfleger bestellt zu werden.

---

99 RG. 71, 167.
100 Du Chesne, D. Not. V. 18, 171; Hangen, DJZ. 02, 268.
101 Bourier, D. Not. V. 18, 370; Schleicher, D. Not. V. 19, 167; Enneccerus-Lehmann, § 65.
102 So Schleicher a.a.O. 170.

Dasselbe ist der Fall, wenn[103] die Auseinandersetzung in der Weise erfolgt, daß immer ein minderjähriger Erbe nach dem andern abgeschichtet wird, indem er seinen Anteil auf die Gemeinschaft entgeltlich oder unentgeltlich überträgt. Hier handelt es sich immer nur um Geschäfte zwischen dem ausscheidenden Miterben und der Gemeinschaft der übrigen.

Auch hier ist nur ein einziger Pfleger nötig, der allerdings für jeden der ausscheidenden Miterben nacheinander bestellt werden müßte.

Schließlich[104] ist auch dann ein einziger Pfleger ausreichend, wenn ein Erbe den Gesamtnachlaß gegen Zahlung einer Abfindung an die übrigen Miterben übernimmt. Eine solche Auseinandersetzung ist als ein Verkauf der einzelnen Erbteile, wozu die Erben gemäß §§ 2033 BGB. berechtigt sind, anzusehen und erfordert nur Verträge zwischen dem übernehmenden und den ausscheidenden Miterben, nicht aber auch zwischen den letzteren untereinander.

Was diese letzten Lösungsversuche gemeinsam kennzeichnet, ist die Tatsache, daß sie zwar für Einzelfälle eine reibungslose Auseinandersetzung gewährleisten, insofern als sich dabei die Bestellung einer Mehrzahl von Pflegern erübrigt. Jedoch bieten sie keine Lösung für die Fälle, in denen eine so geartete Auseinandersetzung nicht zweckmäßig oder nicht möglich ist.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die Rechtslage trotz aller dieser Abhilfeversuche heute grundsätzlich noch so ist, daß bei der außergesetzlichen Erbteilung immer jedenfalls ein Pfleger bestellt werden muß, ob nun der Vater selbst als Erbe beteiligt ist oder nicht[105]. Ob dieses für den Stand der heutigen Gesetzgebung auf diesem Gebiete günstigste Ergebnis in Anbetracht der speziell auch im Familienrecht grundsätzlich geänderten Rechtsanschauung zu billigen ist, soll weiter unten untersucht werden.

§ 7: § 181 BGB. in seiner Anwendung auf die Schenkung des Inhabers der elterlichen Gewalt an sein minderjähriges Kind.

Ein anderer Fall, der bei strenger Handhabung des Gesetzes die Anwendung des § 181 BGB. erfordert, ist die Schenkung des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind.

Die Rechtslage ist hier folgende: Will ein Vater seinem minderjährigen Kind ein Geschenk machen, sei es, daß er ihm einen geringwertigen Gebrauchsgegenstand, sei es, daß er ihm ein wertvolles Grundstück übereignen will, so ist er dazu, solange das Kind noch nicht 7 Jahre alt und daher geschäftsunfähig ist, nur unter Heranziehung eines Pflegers in der Lage, da er den Schenkungsvertrag nicht in seiner

[103] So Rohde, ZBl. FG. 14, 331.
[104] RG. 93, 334; Bourier a.a.O. 371.
[105] RG. 67, 61 und 93, 334.

Eigenschaft als Schenkender mit sich als gesetzlichem Vertreter des zu beschenkenden Kindes abschließen kann.

Ist allerdings das Kind bereits beschränkt geschäftsfähig, so kann es gemäß § 107 BGB. Willenserklärungen, durch die es ausschließlich einen rechtlichen Vorteil erlangt, selbst rechtswirksam abgeben. Jedoch ist dieses Ergebnis gerade bei wertvollen Geschenken insofern wieder eingeschränkt, als das Merkmal des ausschließlichen rechtlichen Vorteils meist eng ausgelegt wird, sodaß ein solcher z. B. nicht vorliegt, wenn das zu schenkende Grundstück öffentlich- oder privatrechtlich belastet ist[106].

Zum Unterschied zu dem oben behandelten Fall der Erbteilung entsprangen die bisher gegen diese Lösung geltend gemachten Bedenken weniger Schwierigkeiten in der praktischen Durchführung des durch § 181 BGB. hervorgerufenen Ergebnisse, als vielmehr dem Gefühl dafür, daß die Pflegerbestellung hier — abgesehen von der immer damit verbundenen Umständlichkeit — nicht dem natürlichen Vertrauensverhältnis zwischen Schenker und Beschenktem entspricht.

Die Annahme eines Vertrauensverhältnisses beruhte allerdings hauptsächlich auf der Erwägung, daß ein Mißtrauen des Beschenkten gegen den Schenker gerade wegen der durch die geplante Schenkung zum Ausdruck kommenden wohlwollenden Gesinnung fehl am Platze sei. Darauf beruht es denn auch, daß die Art des etwa außerdem noch zwischen den Parteien bestehenden Vertrauensverhältnisses unbeachtet blieb, und die vorgeschlagenen Lösungsversuche, die ebensogut auf Personen passen würden, die überhaupt in keiner familienrechtlichen Beziehung zueinander stehen, auf alle drei Arten von familienrechtlichen Beziehungen unterschiedslos und bedenkenlos angewendet wurden.

Da die Schenkung als einfacher Vertrag keinen besonderen Anlaß zu Auslegungen und Konstruktionen gibt, sind die Lösungsversuche in diesem Fall wesentlich unkomplizierter und geringer an Zahl als bei der Erbteilung.

Die Rechtsprechung[107] versucht die Anwendung des § 181 BGB. mit der Behauptung zu umgehen, der Abschluß von Schenkungsverträgen sei dem gesetzlichen Vertreter kraft Gesetzes gestattet. Die Stellung, die das Gesetz dem Vertreter gegenüber dem Minderjährigen einräume, lasse den Schluß zu, daß ihm die Vornahme rechtsgültiger Schenkungen an das Kind ohne weiteres gestattet sei, ohne daß es der Mitwirkung eines Pflegers bedürfe.

Auch sei aus der Tatsache, daß gemäß § 1672 BGB. nicht einmal bei der Bestellung einer Sicherheit seitens eines nicht ordnungsmäßig verwaltenden Vaters ein Pfleger nötig sei, zu folgern, daß die Bestellung eines Sondervertreters sich erst recht erübrige, wenn es sich um einen solchen Akt wohlmeinender Gesinnung handele.

---

106 Staudinger § 101 Anm. 1; v. Tuhr, Bd. I 1, 365; RGRK. § 105, Anm. 4, § 181 Anm. 1, KGl. 45, 238; RG. Recht 1910 Nr. 3893. OLG. JW. 1936, 1679.

107 OLG. 22, 158 und 28, 38. LG. München-Gladbach, JW. 1934, S. 2179.

Dieses Argument ist jedoch nicht zutreffend. Die Sicherheitsleistung kann deshalb nicht zum Vergleich herangezogen werden, weil es sich dabei nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen Vater und Kind handelt, sondern nur um eine Rechtshandlung, die der Vater zwar im Interesse des Kindes, aber nicht ihm gegenüber vornehmen muß, sodaß für ein Selbstkontrahieren also kein Raum ist.

Was die angeblich eine Gestattung zulassende Stellung betrifft, die das Gesetz dem Vertreter einräumt, so genügt es, zur Widerlegung auf die Motive[108] hinzuweisen, aus denen sich ergibt, daß die Frage nach der Berechtigung einer Ausnahme bei der Schenkung wohl aufgetaucht, aber ausdrücklich im Sinne der herrschenden Meinung, d. h. ablehnend entschieden worden ist. Daraus ergibt sich eindeutig, daß gerade nach der Stellung, die dem gesetzlichen Vertreter eingeräumt werden sollte, das Selbstkontrahieren ihm auch bei der Schenkung nicht gestattet ist.

Ein anderer Versuch, den § 181 BGB. bei der Schenkung des Gewalthabers an den Gewaltunterworfenen auszuschalten, ist von Wunderlich[109] gemacht worden:

Er führt aus, bei der Realschenkung fielen Verbindlichkeit und Erfüllung in der Weise zusammen, daß eine Trennung zwischen ihnen nicht möglich sei, die Obligation erschöpfe sich in der Erfüllung und sei daher ein ausschließliches Erfüllungsgeschäft.

Er übersieht aber, daß gerade die Tatsache, daß die Obligation und ihre Erfüllung zusammenfallen, dem Erfüllungsgeschäft insofern das Merkmal der Ausschließlichkeit nimmt, als es außer der Erfüllung auch noch die ihr zu Grunde liegende Verpflichtung enthält.

Dieser Versuch wurde aber, auch wenn seine Beweisführung zuträfe, deswegen das Problem nicht in vollem Umfang lösen, weil er von vorneherein nur auf die Realschenkung beschränkt ist und gerade für die viel bedeutsameren Fälle, wo eine solche nicht möglich ist, wie etwa bei der schenkweisen Hypothekenbestellung oder Grundstücksübertragung, keinen Ausweg bietet.

Ein Weg zur Ausschaltung des § 181 BGB. ist also an Hand des Gesetzes trotz aller Bemühungen nicht gefunden worden und wohl auch nicht möglich.

§ 8. Kritik des geltenden Rechtszustandes.

Der unbedingte Zwang zur Anwendung des § 181 BGB. in den beiden geschilderten Fällen unterliegt starken Bedenken.

Das geringste und am wenigsten ausschlaggebende von ihnen ist noch die besonders bei der Erbteilung oft erforderliche Bestellung einer größeren Anzahl von Pflegern. Das könnte und müßte in Kauf genommen werden, wenn dadurch den Interessen der Minderjährigen in erheblichem Maße Rechnung getragen würde. Das ist aber nicht der Fall.

---

[108] I, S. 130.
[109] JW. 1902, S. 284.

Für diese Annahme spricht schon die Tatsache, daß immer wieder versucht worden ist, das für die Anwendung des § 181 BGB. gebotene Ergebnis abzuwenden. Wenn diese Versuche sich zwar auch in ihrer Begründung am meisten auf die praktischen Schwierigkeiten berufen, so ändert das nichts daran, daß der tiefere Grund für ihre Vornahme mehr oder weniger bewußt auch in dem Gefühl dafür liegt, wie unbillig § 181 BGB. in derartigen Fällen zwar nicht für die formaljuristische Rechtslage, wohl aber für das natürliche Rechtsempfinden ist.

Gemäß § 1909 BGB. ist ein Pfleger dann zu bestellen, wenn der Gewalthaber an der Besorgung einer Angelegenheit rechtlich oder tatsächlich verhindert ist. Rechtlich verhindert ist er gemäß § 181 BGB. aber dann, wenn er im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornimmt.

Tatsächlich aber bildet in den behandelten Fällen die in der Abgabe der erforderlichen Willenserklärungen zum Ausdruck kommende formelle Seite des Geschäfts in keiner Weise ein Spiegelbild seines wirklichen Inhaltes. Die Regel bei einem Vertrag, dessen Vornahme auf dem Wege des Insichgeschäfts § 181 BGB. verbietet, ist, daß sich bei seiner Vornahme entgegengesetzte Interessen gegenüberstehen, daß also ein gewisser Interessenwiderstreit durch den Abschluß beendet wird. Von diesem Standpunkt aus ist § 181 BGB. zu verstehen. Verträge, die einen derartigen Ausgleich entgegengesetzter Interessen herbeiführen sollen, sind aber bei den geschilderten familienrechtlichen Fällen nicht erforderlich.

Das ist am deutlichsten bei der Schenkung, bei der widerstreitende Gegensätze insofern garnicht da sind, als der Schenker seine denen des Beschenkten entgegenstehenden Interessen schon vorher, nämlich als er den Entschluß zur Vornahme der Schenkung faßte, freiwillig hintangesetzt und ausgeschaltet hat, und dieser Tatsache nur noch durch einen formellen Vertragsabschluß Ausdruck verleihen will und zum absoluten Wirksamwerden seiner Schenkungsabsicht auch muß.

Ähnlich ist es in vielen Fällen der Erbteilung, zumal dann, wenn diese nur eine rechnerische insofern ist, als lediglich eine allein im Nachlaß vorhandene Geldsumme an die Erben nach Verhältnis ihrer Erbteile verteilt werden muß[110].

Aber auch sonst haben die Miterben, im ganzen gesehen, mehr gemeinsame Interessen, als widerstreitende. Gemeinsam ist vor allem ihr Interesse daran, den Nachlaß, sei es durch Veräußerung, sei es durch gemeinsame Übernahme desselben, möglichst günstig zu verwerten. Demgegenüber haben im Einzelfall Anrechnungspflichten oder die Bewertung eines von einem Erben zu übernehmenden Nachlaßgegenstandes meist untergeordnete Bedeutung.

Es befremdet jedenfalls, daß wegen derartiger Nebenfragen einem Fremden Einblick in und Einfluß auf die gesamten Verhältnisse gewährt werden soll. Es besteht die Gefahr, daß dadurch gerade die bei Erbteilungen so häufigen Meinungsverschiedenheiten erst in die Erben-

---

110 Darüber, daß auch in diesem Fall eine Vereinbarung der Erben vorliegen muß: Vgl. RG. 93, 334, und Bourier a.a.O. 371.

gemeinschaft hineingetragen oder doch jedenfalls verschärft werden, da jeder Pfleger pflichtgemäß für sein Mündel möglichst große Vorteile durchzusetzen versuchen wird. Diese Gefahr ist besonders groß, wenn der Mündel selbst schon so alt ist, daß er einen gewissen Überblick über die geschäftlichen Angelegenheiten hat und diese nur wegen seiner Minderjährigkeit noch nicht selbst erledigen kann.

Daß eine tiefgehende Zwietracht innerhalb der Familie dem Kind zum Vorteil gereiche, wird man nicht behaupten können.

Es besteht aber für das Kind nicht nur die Gefahr ideeller Benachteiligung, sondern auch die, daß es durch die Notwendigkeit der Pflegerbestellung materiellen Schaden erleidet, dessen Vermeidung ja gerade der Hauptzweck der bestehenden Regelung ist. Es ist z. B. denkbar, daß der Vater, demgegenüber durch die Pflegerbestellung ein, wenn auch gesetzlich vorgeschriebenes, Mißtrauen zum Ausdruck kommt, sich dadurch von der Ausführung etwaiger wohlmeinender Absichten abhalten läßt. Diese Gefahr liegt besonders bei der Schenkung sehr nahe, wo der Vater sich damit begnügen wird, dem Kind das Geschenk rein tatsächlich ohne Vertragsabschluß zukommen zu lassen, ohne zu berücksichtigen, daß seine — des Vaters — Gläubiger dann jederzeit darauf zurückgreifen können.

Es ist ebenso möglich, daß bei einer Erbteilung ein zu einer besonders günstigen Verwertungsgelegenheit erforderlicher schneller Entschluß durch die Bedenken der vielen Pfleger vereitelt wird; oder es muß etwa das durch den Verkauf erlöste Geld gerichtlich hinterlegt werden, weil die Pfleger über die Quoten oder die Art der Anlegung streiten. Dadurch entsteht zum mindesten ein Zinsverlust. Vielfach dient also der Zwang zur Pflegerbestellung nicht nur nicht der Durchsetzung und Förderung der Mündelinteressen, sondern hat sogar ihre Vernachlässigung zur Folge.

Dieses Ergebnis ließe sich nun zur Not noch in Kauf nehmen und die Abhilfe könnte je nach der jeweiligen Lage von Fall zu Fall geschaffen werden, wenn es sich bei Erbteilung und Schenkung nur um gelegentlich vorkommende Einzelfälle handelte.

Dieselbe Unbilligkeit greift aber auch noch in vielen andern Fällen Platz. Ähnliche Bedenken ergeben sich z. B. in folgenden aus der Fülle der Entscheidungen herausgegriffenen, wenn auch etwas vereinfachten und geänderten Fällen:

1. Der Vater ist Vor-, das von ihm vertretene Kind Nacherbe bezüglich eines Nachlasses[111], zu dem im wesentlichen einige unbebaute, als Nutzland nicht verwertbare Grundstücke gehören. Es findet sich ein Interessent, der die Grundstücke zum Bau einer Fabrik benutzen will und zum Abschluß eines überaus günstigen Kaufvertrages bereit ist.

   Dieser kommt auch zwischen ihm und dem Vater zustande. Die gemäß § 2113 BGB. erforderliche Zustimmung des Kindes kann der Vater jedoch wegen § 181 BGB. nicht selbst erteilen. Er bean-

[111] RG. 76, 89; Bayr. OLG. 13, 22.

tragt daher die Bestellung eines Pflegers. Bevor dieser bestellt ist und sich mit der Angelegenheit hat vertraut machen können, bietet sich dem Käufer eine für ihn günstigere Gelegenheit zum Kauf der Nachbargrundstücke, den er auch unter Rückgängigmachung des ersten Vertrages abschließt. Er errichtet die Fabrik, durch deren Betrieb — etwa weil es sich um eine Gerüche verbreitende oder besonders lärmende Betriebsart handelt —, die Nachbargrundstücke auch als Bauland fast wertlos werden.

Die Gründe, die in diesem Fall eine Pflegerbestellung überflüssig erscheinen lassen, sind hauptsächlich praktischer Art. Es leuchtet ein, daß sie dem Kind nicht nur nicht genützt, sondern sogar geschadet hat. Ohne sie erhielte es nämlich beim Eintritt des Nacherbfalls die Kaufpreissumme oder jedenfalls das Äquivalent dafür, während es infolge der Pflegerbestellung nur Aussicht auf einige nahezu wertlose Grundstücke hat.

Der Fall zeigt aber ebenso deutlich, daß in Wahrheit die Interessen von Vater und Kind völlig gleichgerichtet sind, und daß durch die Notwendigkeit der Zustimmung nur äußerlich ein Interessengegensatz hervorgerufen wird.

Noch augenscheinlicher sind die Nachteile, die die Pflegerbestellung für das Kind mit sich bringt, in Fällen wie dem folgenden[112]:

Ein Vater ist aus irgend einem Grund Schuldner seines minderjährigen Kindes geworden. Zur Sicherung der von ihm anerkannten Forderung will er freiwillig eine Sicherungshypothek an seinem Grundstück bestellen. Als er erfährt, daß die zur Einigung über die Begründung des Pfandrechts erforderliche Annahmeerklärung des Kindes gemäß § 181 BGB. nicht selbst abgeben kann, nimmt er von seinem Vorhaben Abstand. Bevor er die Schuld bezahlt hat, gerät er in Vermögensverfall und das Kind geht leer aus.

In derartigen Fällen widerspricht die Pflegerbestellung sogar dem Zweck, den das Gesetz mit ihr hat erreichen wollen. Dieser besteht nämlich darin, zu verhüten, daß dem Kind bei einer zwischen ihm und dem gesetzlichen Vertreter auftretenden Interessenkollision durch das Bestehen der Vertretungsmacht ein Nachteil zugefügt wird. Sie wäre demnach überflüssig, wenn, wie es hier der Fall ist, die Interessen beider gleich gelagert sind oder gar der Vater seine Interessen, ohne dazu verpflichtet zu sein, denen des Kindes freiwillig unterzuordnen bereit ist, und, um der Absicht des Vaters Rechtswirksamkeit zu verschaffen, ein Kontrahieren zwischen ihnen erforderlich wird.

Sie verkehrt demnach den mit ihr beabsichtigten Erfolg in sein Gegenteil, indem sie eine Schädigung hervorruft, wo sie dem Vorteil dienen sollte.

Unbillig erscheint die Notwendigkeit der Pflegerbestellung aber auch da, wo sie dem Kind zwar nicht schadet, aber andererseits auch nicht in der Lage ist, ihm irgendwie zu nützen. Die Unbilligkeit liegt hier beson-

---

112 OLG. 28, 38.

ders darin, daß ohne andere zwingende Gründe als die des formalen Gesetzeswortlauts ein Außenstehender nicht nur Einblick in interne Familienangelegenheiten erhält, sondern sogar berechtigt und verpflichtet ist, bei der Entscheidung über derartige Angelegenheiten maßgebend mitzuwirken:

Das zeigen in besonderem Maße folgende Fälle:

Ein Mitgesellschafter einer OHG. stirbt und hinterläßt als Erben seine 5 Geschwister und die beiden minderjährigen Kinder einer verstorbenen Schwester[113]. Die Erben beschließen, gemäß § 139 HGB. als Kommanditisten in der Gesellschaft zu verbleiben. Den Vertrag über die Errichtung der KG. hat für die beiden minderjährigen Miterben deren Vater abgeschlossen. Die Eintragung der KG. kann nicht erfolgen, da der Vater zum Abschluß des Vertrages für seine Kinder gemäß § 181 BGB. nicht in der Lage ist[114].

Oder[115]: Ein Kaufmann stirbt und hinterläßt als Erben seine Witwe und seine beiden neunzehn und zwanzig Jahre alten Söhne, die bis zu seinem Tode das Geschäft, das sich als einziger Vermögenswert im Nachlaß befindet, mit dem Vater zusammen geführt haben. Nachdem die Erben zunächst eine Zeit lang das Geschäft als solche weitergeführt haben, wollen sie es in eine OHG. umwandeln. Zu diesem Zweck muß für jeden der beiden minderjährigen Miterben ein Pfleger zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages bestellt werden.

Oder[116]: An einer OHG. sind außer dem Vater ein großjähriges und mehrere minderjährige Kinder beteiligt. Das großjährige Kind will aus der OHG. ausscheiden, während diese unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Sowohl für den Vertrag über das Ausscheiden des großjährigen Kindes wie für den über das Fortbestehen der OHG. unter den verbleibenden Gesellschaftern ist der Vater von der Vertretung ausgeschlossen.

Oder man denke schließlich an den einfachen Fall, daß der Vater, sei es, weil er sich steuerliche Vorteile davon verspricht, sei es, weil er die Kinder schon vor seinem Tode sicherstellen will, sein Geschäft in eine OHG. mit seinen sonst vermögenslosen Kindern als Gesellschaftern verwandelt. Die gemäß § 128 HGB. eintretende Haftung der Kinder bringt für sie keinen Nachteil mit sich, da sie kein Privatvermögen haben.

Überall hat § 181 BGB. und die mit seiner Anwendung verbundene Pflegerbestellung keine volle Berechtigung. Es handelt sich hier nämlich in der Regel nur um die rechtliche Sanktionierung eines tatsächlich bestehenden Zustandes, die praktisch an den Rechtsverhältnissen der Minderjährigen keine einschneidenden Veränderungen hervorruft. Wirt-

---

113 KGI. 23 A. 89; RIA. 3, 20.

114 Von § 1795 Ziff. 1 BGB. soll abgesehen werden, da er mit § 181 BGB. steht und fällt; denn wenn das Kontrahieren mit sich selbst gestattet ist, wäre es widersinnig, den Abschluß mit einem der dort bezeichneten Verwandten zu verbieten.

115 KGI. 22 A. 280; KGI. 31 A. 152.

116 KGI. 22 A. 101.

schaftlich tritt nämlich im Endergebnis normalerweise kein Nachteil für sie ein. Sicherlich ist es möglich, daß die Minderjährigen durch ihre Beteiligung an einer Gesellschaft des HGB. unter Umständen zu Leistungen verpflichtet werden, die sie ohne diese Beteiligung nicht zu erbringen hätten. Jedoch ist dieses Ergebnis in Fällen der geschilderten Art wenn auch möglich, so doch nicht beabsichtigt, und überdies braucht auch bei normalem Geschäftsgang die Verpflichtung den aus der Beteiligung entspringenden Vorteil nicht zu übersteigen. Selbst wenn das einmal der Fall sein sollte, besteht für den Minderjährigen keine Gefahr, wenn er, abgesehen von der Beteiligung, vermögenslos ist, was meist der Fall sein wird, und auch künftiger Vermögenserwerb nicht zu erwarten ist.

Noch gefahrloser ist es, wenn aus einer mehrere Personen umfassenden Gesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet und unter den übrigen die Fortsetzung beschlossen wird.

Eine Gefahr liegt hier nur darin, daß der Kreis der Mithaftenden sich um einen verringert hat. Diese Gefahr ist so geringfügig; daß sie eine Anwendung des § 181 BGB. seinem Sinne nach nicht rechtfertigen könnte, zumal durch diese Anwendung den tatsächlichen Verhältnissen oft in keiner Weise Rechnung getragen wird. Das ist z. B. dann der Fall, wenn die Minderjährigen auf Grund ihres Alters sowie ihrer eigenen praktischen Tätigkeit und den dabei gesammelten Erfahrungen durchaus, und vielleicht sogar besser als ein Pfleger in der Lage sind, sämtliche Folgerungen, die sich für sie aus der Geschäftsvornahme ergeben, zu überblicken, und auf Grund dieser Erkenntnis mit dem geplanten Geschäft einverstanden sind, abgesehen davon, daß mit der Pflegerbestellung nicht auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu entfallen braucht.

Dieses Einverständnis müßte eigentlich in vielen Fällen wesentlicher sein als die Zustimmung eines Pflegers, der ja, um zu einem Einblick in die Verhältnisse zu gelangen, trotz seiner Nachprüfungspflicht in weitem Umfang auf die Angaben der Beteiligten angewiesen ist.

Auch befremdet es, daß der gesetzliche Vertreter bei einem Gesellschaftsvertrag seine beiden minderjährigen Kinder nicht soll vertreten können. Es handelt sich dabei zwar um einen schuldrechtlichen Vertrag, dessen Endzweck jedoch nicht in der Festsetzung der gegenseitigen Pflichten, sondern in der Erreichung eines gemeinschaftlichen Zieles liegt[117].

Der Versuch, die demnach in sehr vielen familienrechtlichen Fällen — speziell im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern — auftauchenden Bedenken durch juristische Konstruktionen für den Einzelfall auszuräumen, ist in Anbetracht der Vielfalt der Möglichkeiten zwecklos. Wohin ein derartiges Unternehmen führt, zeigen mit besonderer Deutlichkeit die bereits geschilderten zahlreichen Theorien bei Erbteilung und Schenkung. Sie verfallen in dem gewiß begrüßenswerten Bestreben, zu einem vernünftigen, mit dem Rechtsempfinden übereinstimmenden Ergebnis zu kommen, auf Auswege, die nicht nur bei dem Laien auf völlige Verständnislosigkeit stoßen müssen, sondern auch dem Juristen Schwierig-

---

[117] Enneccerus-Lehmann, § 173 III.

keiten bereiten können, wenn er die mit allen Mitteln ausgeklügelter Konstruktion errichteten Gedankengebäude erfassen will.

Derartige Versuche führen aber auch praktisch nicht viel weiter. Selbst wenn es einem von ihnen gelingt, sich für einen besonders gelagerten Fall durchzusetzen, so bietet er immer noch keine Lösung für die Fülle der übrigen, denselben Bedenken unterliegenden Fälle.

Grund für den Mangel an Dehnbarkeit solcher Theorien ist die Tatsache, daß sie an alle familienrechtlichen Beziehungen schuld- und allgemein verkehrsrechtliche Maßstäbe legen, und mit Mitteln dieses Verkehrsrechts Abhilfe zu schaffen versuchen. Dabei müssen sie notwendig auf die gekennzeichneten Wege bzw. Abwege geraten.

Unter der Herrschaft der neuen, anders gearteten Rechtsanschauung, die sich vor allem durch die dem Ermessen des Richters sowohl im Prozeß wie auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingeräumte wesentlich freiere Stellung auszeichnet, könnte man nun allerdings einen Ausweg aus den geschilderten Schwierigkeiten gerade mit Hilfe dieser Stellung des Richters suchen, der nicht mehr bloßer Rechtsanwendungsautomat[118] sein, sondern nach gesundem Volksempfinden Recht sprechen soll. Der Ausweg würde dann andeutungsweise etwa so aussehen, daß man die Anwendung des § 181 BGB. im Familienrecht als nicht dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechend unterließe. Oder man könnte auch etwas konstruktiver vorgehen und eine Gestattung des Selbstkontrahierens kraft Gesetzes — d. h. des Gesetzes, wie es heute wünschenswert erscheint — annehmen, wie es ja z. B. bei Erbteilung und Schenkung geschehen ist.

Dieser Ausweg ist jedoch nicht zu befürworten. Er wäre allzu oberflächlich, weil er nur mit Schlagworten arbeitet. Zu beachten ist nämlich, daß der Richter nach wie vor unter dem Gesetz steht. Spielraum ist ihm nur einerseits durch auf bestimmte Fälle beschränkte Generalklauseln, anderseits durch die Möglichkeit gegeben, das Gesetz mit neuem Geist zu erfüllen und auszulegen. Im Rahmen dieser letzteren Möglichkeit ist er aber nicht in der Lage, sich über bestehende Vorschriften, die dem neuen Denken wohl Angriffspunkte aber keine Einbruchsstelle zu ihrer Beseitigung bieten, einfach hinwegzusetzen. Das würde er aber tun, wenn er § 181 BGB. im Familienrecht oder auch nur in den einzelnen geschilderten Fällen unter Berufung auf einen allgemeinen Begriff, wie den des gesunden Volksempfindens, nicht anwendete. Er kommt nicht an dem Umstand vorbei, daß § 181 BGB. im Familienrecht in vollem Umfang anwendbar sein und nach dem Sinn des Gesetzes, wie es heute noch besteht, auch nicht durch Konstruktion einer der in ihm selbst enthaltenen Ausnahmen ausgeschaltet werden soll.

Zudem würde durch die Zulassung einer allgemeinen Generalklauselrechtsprechung und der Gestattung einer völligen Loslösung von dem noch bestehenden Gesetz eine unerträgliche Rechtsunsicherheit eintreten, da die subjektiven Ansichten der einzelnen Richter natürlicherweise nie ganz übereinstimmen werden. Auch eine weite Auslegung des § 181

[118] Lange, Handb. S. 936.

BGB. ist selbst angesichts der grundlegenden Umwälzung aller Rechtsanschauungen kaum möglich. Es handelt sich bei ihm nämlich um eine starre, zwingende Vorschrift, die sich nicht der jeweiligen Lage des Falles anpassen läßt, wenn auch in ihrem Wortlaut der für ihren Erlaß maßgebende gesetzgeberische Gedanke nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat.

Die bisherige Handhabung des § 181 BGB. im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern beruht demnach nicht auf falscher Rechtsanwendung und läßt sich daher mit Mitteln des Gesetzes nicht ausräumen. Ursache für sie ist allein die Tatsache, daß das Gesetz selbst keine reinliche Scheidung zwischen seinen einzelnen Materien vornimmt, was sich am deutlichsten daraus ergibt, daß es eine rein verkehrsrechtliche Bestimmung, wie den § 181 BGB., automatisch und ohne Einschränkung in das Sondergebiet des Familienrechts übernimmt.

Ob eine derartige Übernahme heute noch Berechtigung hat, ist fraglich. Bei dem Versuch, diese Frage zu beantworten, dürfen allerdings nicht nur die bisher angeführten Anwendungsfälle des § 181 BGB., die besonders kraß gegen seine Anwendung im heutigen Umfang sprechen, betrachtet werden. Bei einem solchen Vorgehen würde § 181 BGB. im Familienrecht schon allein aus den bei ihm in Erscheinung tretenden praktischen Schwierigkeiten und wirtschaftlichen Härten auszuschalten sein.

Es gibt aber demgegenüber ebenso viele Fälle — und gerade diese haben zu der im BGB. getroffenen Regelung geführt —, die die Anwendung des § 181 BGB. auf sie vom Standpunkt des geltenden Rechts aus durchaus nicht ungerechtfertigt und unbillig erscheinen lassen, weil Schwierigkeiten der erwähnten Art bei ihrer Abwicklung auch unter Zugrundelegung des § 181 BGB. nicht auftreten, und der von ihm vorausgesetzte Interessenwiderstreit bei ihnen tatsächlich vorhanden ist.

Es ist z. B. folgender Sachverhalt denkbar: Der Vater ist Inhaber eines Geschäftes, das sehr schlecht steht. Um es zu sanieren, will er mit seinem noch minderjährigen Sohn, der im Besitz eines Vermögens ist, eine OHG. gründen, in die er das Geschäft, der Sohn sein Geld einbringen soll.

Ein Interessenwiderstreit im Sinne des § 181 BGB. liegt hier zweifellos vor. Dabei braucht der Vater durchaus nicht die Absicht zu haben, sich auf Kosten des Kindes zu bereichern. Selbst wenn es ihm nur darauf ankommt, die alte Firma, die schon durch Generationen der Familie gehört, seinem Sohne zu erhalten, kann es aber gerade dessen Interesse erfordern, daß ihm sein Vermögen zur etwaigen späteren Gründung einer eigenen Existenz erhalten bleibt, statt es in ein vielleicht doch nicht mehr zu rettendes Unternehmen zu stecken. Ein objektives Urteil darüber, ob sein Plan im Endergebnis zugunsten des Kindes ausschlägt, ist dem Vater, selbst wenn er vom besten Willen beseelt ist, nicht zuzutrauen, da zugleich auch seine eigene Existenz auf dem Spiel steht.

Oder man denke an den häufig vorkommenden Fall, daß der in Vermögensverfall geratene Vater in anfechtbarer Weise die ihm verbliebenen Vermögenswerte seinen Kindern schenkweise überträgt, um sie seinen Gläubigern zu entziehen und später wieder für sich zu verwenden.

Durch den meist folgenden Anfechtungsprozeß werden die Kinder mit den Prozeßkosten belastet, eine Ausgabe, die durch den nur vorübergehenden Erwerb der Vermögensgegenstände nicht aufgewogen wird.

Es kann weiter auf die Fülle der Entscheidungen verwiesen werden, deren Tatbestand keineswegs aus praktischen Erwägungen die Ausschaltung des § 181 BGB. erfordert[119].

So gibt z. B. der Fall, daß der Vater sein Grundstück, welches mit einer für eine Forderung seines Kindes gegen ihn bestellten Hypothek belastet ist, an einen Dritten, der Hypothek und Forderung übernimmt, veräußert und später dem Erwerber die Zahlung quittiert und Löschung bewilligt, nicht nur keinen Anlaß, ihn von den Beschränkungen des § 181 BGB. zu befreien, sondern verlangt nach dem Sinn des Gesetzes, seine Anwendung wegen der bestehenden Kollusionsgefahr[120].

Dasselbe gilt für die am Anfang dieser Arbeit[121] in anderem Zusammenhang dargestellten Tatbestände.

Alle diese Tatbestände sind typische Anwendungsfälle des § 181 BGB. in seiner heutigen Bedeutung und bieten keinerlei konkrete Handhabe für die Forderung auf Abschaffung des § 181 BGB. Sie sind vielmehr bei Zugrundelegung des bisher herrschenden Rechtsdenkens der einzig richtige Weg, um die Kinder in derartigen Konfliktsfällen zu schützen und ihnen eine objektive Prüfung und Abwägung der Interessen zu sichern.

Aber die Tatsache allein, daß die Anwendung des § 181 BGB. häufig nicht unmittelbar unbillig erscheint, kann nicht genügen, sich schlechthin mit seiner grundsätzlichen Anwendbarkeit einverstanden zu erklären. Denn wenn auch die Fälle der zuerst genannten Art[122] nicht ohne weiteres dazu führen können, den § 181 BGB. ein für allemal auszuschalten, so geben sie doch hinreichenden Anlaß zu einer Untersuchung darüber, ob die Beantwortung der Frage nach der Berechtigung des § 181 BGB. nicht unter ganz anderen, mit der bestehenden Regelung nicht in Einklang stehenden Gesichtspunkten zu erfolgen hat.

Das Problem ist dasselbe wie bei der Abfassung des BGB.[123]:

Gegenüber stehen sich einerseits die Fälle, die eine Anwendung des § 181 BGB. erforderlich erscheinen lassen, anderseits diejenigen, die für seine Ausschaltung sprechen.

Eine Regelung, die beiden Gruppen in vollem Umfang gerecht wird, läßt sich nicht treffen, weil es nicht möglich ist, die vielfältigen Einzeltatbestände auf einen objektiver Beurteilung unterliegenden Generalnenner zu bringen.

Es muß daher eine Entscheidung im einen oder im anderen Sinne erfolgen.

---

[119] RG 67, 61; 68, 37; 71, 163; 76, 92; 79, 383; 89, 367; OLG 2, 140, 33, 346; KGJW. 13, 205; 12, 791; 24, 1862; KGJ. 42, 21, RJA. 3; 50 und 56.

[120] Vgl. RJA. 3, 50 u. 56; OLG. 2, 140; Recht 01 Nr. 406.

[121] Vgl. S. 1 f.

[122] Vgl. S. 101 ff.

[123] Vgl. Mot. IV. S. 740 u. Prot. IV S. 558.

Das BGB. hat sich aus rechtspolitischen Erwägungen für § 181 BGB. entschieden.

Fraglich ist heute, ob die damals maßgeblichen Erwägungen noch Geltung beanspruchen können, oder ob die inzwischen erfolgte grundlegende Änderung des Rechtsdenkens eine Entscheidung in entgegengesetztem Sinne verlangt.

Ist aber das letztere der Fall, so kann der Umstand, daß in vielen Fällen die Anwendung des § 181 BGB. bei äußerlicher Betrachtung nicht ungerechtfertigt erscheint, einer ihn im Familienrecht ausschaltenden Regelung ebensowenig entgegenstehen, wie bei der Abfassung des BGB. die entgegengesetzten Fälle seine Übernahme in das Familienrecht nicht verhindern konnten.

Die Frage spitzt sich also darauf zu, ob § 181 BGB. — nicht etwa, weil er in Einzelfällen unpraktisch und unbillig ist, sondern weil er mit dem heutigen Recht nicht in Einklang steht — im Familienrecht grundsätzlich zuzulassen oder grundsätzlich auszuschalten ist, und zwar zunächst ohne Rücksicht auf die Folgen, die sich im Einzelfall aus der getroffenen Entscheidung ergeben können.

Erst wenn diese Frage beantwortet ist, handelt es sich darum, für die Fälle, bei denen die getroffene Entscheidung Härten herbeiführen kann, was, wie auch die Entscheidung ausfallen mag, immer der Fall sein muß, weil eben ein Teil der Tatbestände den § 181 BGB. überflüssig und schädlich erscheinen läßt, während ein anderer Teil seinen Schutz verlangt, eine von dem gewonnenen Standpunkt aus gerechte Lösung auch für sie zu finden.

Vorweg muß hierzu allerdings festgestellt werden, daß diese Lösung nicht dazu führen kann, den § 181 BGB. entgegen der grundsätzlichen Entscheidung in derartigen Einzelfällen etwa doch anzuwenden. Das ist deshalb nicht möglich, weil die Frage, ob ein Interessenstreit vorliegt oder nicht, niemals nach objektiven Merkmalen für alle möglichen Fälle eindeutig beantwortet und abstrakt festgelegt werden kann. Durch die Zulassung im Einzelfall würde deshalb ein zu starker Unsicherheitsfaktor in den Rechtsverkehr hineingetragen werden.

Die Lösung kann aber auch ebensowenig wie es heute für die die Anwendung des § 181 BGB. nicht erfordernden Fälle möglich ist, der Entscheidung im Einzelfall überlassen bleiben.

Um zu einer Beantwortung der gestellten Frage zu gelangen, ist es zunächst nötig, das geltende Familienrecht den für das zukünftige geltenden Grundsätzen gegenüberzustellen und zu prüfen, welche Rolle § 181 BGB. insoweit spielt.

§ 9: Die Folgerungen für die Anwendungen des § 181 BGB. aus dem Gegensatz zwischen bisherigem und zukünftigem Familienrecht.

Im Rahmen des BGB. kommt nicht zuletzt im Familienrecht und hier wieder besonders bei der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen

zwischen Eltern und Kindern ein Geist zum Ausdruck, der als höchstes Ziel des Rechtes die Gewährleistung einer möglichst weitgehenden Betätigungsfreiheit des einzelnen zur Durchsetzung seiner egoistischen Interessen ansieht. Dem Gesetz kommt in dieser Anschauungswelt nur die Aufgabe zu, das Bedürfnis nach Freiheit und das Recht auf sie in Bahnen zu lenken, die den allgemeinen Kampf der Einzelinteressen insoweit einschränken, als es zu einem einigermaßen gedeihlichen Zusammenleben unumgänglich notwendig ist[124]. Es ist als äußere Regelung der Einzelrechte in ihrem Verhältnis zu den Einzelrechten der anderen nur ein notwendiges Übel.

Es fordert daher lediglich ein „alterum non laedere", nicht aber ein „honeste vivere"[125]. Es verschafft nur Macht und erlegt keine Pflichten auf, sondern schränkt höchstens die übermäßige Ausdehnung der Macht ein. Es begnügt sich mit dem Kampf gegen das Unrecht und strebt nicht nach Förderung und Verwirklichung des Rechts.

Diese Grundgedanken und -tendenzen des Gesetzes sind ebenfalls im Familienrecht, wenn auch nicht in so starkem Maße wie in den drei ersten Büchern des BGB. zum Ausdruck gekommen.

Bei der Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern machen sie sich zunächst bemerkbar in der Tatsache, daß das Recht der elterlichen Gewalt nicht eine eigene, ihm eigentümliche Sonderregelung gefunden hat, sondern daß es sich auf Grund einer nüchternen summarischen Verweisung — vergleiche §§ 1630 Abs. 2, 1639, 1642 f., 1673 BGB. — grundsätzlich nach Vormundschaftsrecht richtet.

Es könnte auf den ersten Blick so scheinen, als ob gerade hierdurch von den gekennzeichneten Grundprinzipien des bürgerlichen Rechts abgewichen worden sei, insofern nämlich durch die ausführlichen Pflichtvorschriften des Vormundschaftsrechts die eigene Betätigungsfreiheit des Vaters weitestgehend zugunsten des Kindes eingeschränkt sei.

Das ist aber nicht der Fall, Die getroffene Regelung ist vielmehr ein Zeichen dafür, daß man glaubte, ohne sie stünde der Vater dem Kinde wie irgend ein außenstehender Fremder gegenüber und würde demnach auf Grund der ihm gesetzlich zustehenden uneingeschränkten Betätigungsfreiheit rücksichtslos auch dem Kinde gegenüber seine eigenen Interessen vertreten und durchsetzen.

Um dieses Ergebnis nach Möglichkeit zu unterbinden, wurden ihm ebenfalls die Schranken des Vormundschaftsrechts, zu denen insbesondere auch § 181 BGB. gehört, auferlegt. Dadurch glaubte man, dem Eltern-Kindesverhältnis und der Fürsorgepflicht des Vaters gegenüber seinen Kindern, die man auch damals schon als Grundsatz für die zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen ansah, genügend Rechnung getragen zu haben.

In Einzelfällen drangen allerdings schon bald Bedenken gegen die unbedingte Gleichstellung von Vater und Vormund durch. So wurde durch die Novelle zur GewO. von 1908 der Vater von der Formvor-

[124] Siebert, Handb. S. 958.
[125] Lange, Handb. S. 935.

schrift des § 126b GO. befreit, d. h. er brauchte keinen schriftlichen Lehrvertrag mit seinem Kind, das er selbst ausbilden wollte, abzuschließen, und daher erübrigte sich die Bestellung eines Pflegers zum Abschluß eines solchen Vertrages. Eine entsprechende Vorschrift für den Vormund wurde jedoch nicht getroffen.

Der vom BGB. eingeschlagene Weg ist nicht geeignet, das Pflichtbewußtsein hervorzurufen und zu heben. Dieses stärkt man nicht durch ein Verbot der pflichtwidrigen Handlung, wodurch von vornherein Mißtrauen in das Verantwortungsbewußtsein zum Ausdruck kommt, und jede Pflichtenkollision unmöglich wird.

Die Regelung des BGB. hebt das Familienrecht nicht aus den übrigen Rechtsmaterien hervor. Sie zerlegt vielmehr das Eltern-Kindesverhältnis in einen rein persönlichen und einen vermögensrechtlichen Teil und behandelt den letzteren wie jede andere wirtschaftliche Beziehung zwischen Fremden, ohne die Sonderverhältnisse zu berücksichtigen.

Daß schon die bei der Abfassung des BGB. hiergegen geltend gemachen Bedenken[126] nicht durchzudringen vermochten, lag wohl neben dem allgemeinen liberalistischen Rechtsdenken zumeist auch mit davon, daß das BGB. speziell in diesem Teil des Familienrechts eine Reaktion auf den römisch-rechtlichen Zustand der unbedingten Macht des elterlichen Gewalthabers sowohl über persönliche wie über vermögensrechtliche Angelegenheiten des Kindes war und sein sollte.

Der Grundauffassung des BGB. entspricht auch durchaus die Anwendung des § 181 BGB. auf den elterlichen Gewalthaber. Dieser ist dazu berufen, des Kindes Recht auf Betätigungsfreiheit, die dieses selbst noch nicht ausüben kann, im Kampf Jedes gegen Jeden geltend zu machen und seinen Interessen möglichst zum Siege zu verhelfen. Da er außerdem aber auch noch seine eigenen Interessen durchzusetzen hat, kann es leicht einmal vorkommen, daß die zu bekämpfenden entgegenstehenden Interessen seine eigenen sind. In diesem Fall muß das Gesetz mit einer seiner einschränkenden Normen der unbegrenzten Betätigungsfreiheit des Vaters die unbedingt notwendige Grenze setzen.

Diese Anschauungen sind für das heutige Rechtsempfinden abzulehnen.

Dieses fußt nicht auf der individualistischen und materialistischen Forderung nach Freiheit nur zu dem Zweck, um die höchstpersönlichen Vorteile uneingeschränkt durchzusetzen, sondern auf dem Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken. Erst im Rahmen der Gemeinschaft spielt die Freiheit des Einzelnen eine Rolle, die dieser nicht um seiner selbst willen, sondern zum Wohle der Gemeinschaft, und damit mittelbar auch zu seinem eigenen benutzen soll.

Demnach kann es heute nicht mehr Aufgabe des Gesetzes sein, den hemmungslosen Kampf um die Durchsetzung der Einzelinteressen einzuschränken, sondern es muß erzieherisch wirken, und den Satz vom Gemeinnutz, der vor Eigennutz geht, gesetzlich unterbauen. Diese Aufgabe kann es aber nicht durch Einengung der grundsätzlich jedem zuerkannten

---

[126] Motive IV 740, Protokolle IV 558.

Freiheit im Einzelfall lösen, sondern nur durch Anrufung des Pflicht- und Verantwortungsgefühls, das von sich aus eine freiwillige Selbstbeschränkung hervorrufen muß.

Diese Grundsätze müssen in ganz besonderem Maße auf das Familienrecht und in seinem Bereich insbesondere bei den dort vorkommenden Anwendungsfällen des § 181 BGB. zur Anwendung gelangen. Denn die Familie ist nicht nur die Keimzelle für jegliche Volksgemeinschaft, sondern sie bietet auch auf Grund der natürlichen, blutsmäßigen Bande zwischen den einzelnen Familienmitgliedern eine augenfällige, konkrete Grundlage für das Gemeinschaftsdenken. Dieses setzt ein natürliches Zusammengehörigkeitsgefühl voraus, das im Rahmen der Familiengemeinschaft weit eher vorhanden sein und bedingungsloser anerkannt werden wird, als bei der Gemeinschaft des ganzen Volkes. Denn die hier auch vorhandenen natürlichen Grundlagen für das Gemeinschaftsempfinden treten dort nicht so klar zu tage, da zu ihrer Erkenntnis ein nicht bei allen in dem erforderlichen Maße vorhandener Überblick über nationale und rassemäßige Zusammenhänge erforderlich ist.

Insbesondere müssen auf diesem Gebiete die bei ihm ebenfalls vorhandenen vermögensrechtlichen Angelegenheiten mit Rücksicht auf den Charakter des Familienrechts als Personenrecht, das zur Stützung und Stärkung der natürlichen und seelischen Bindungen dient, als nebensächlich zurücktreten. Vor allem ist es mit dem heutigen Rechtsempfinden unvereinbar, daß wegen vielleicht geringfügiger Vermögenswerte Zwietracht in die Familiengemeinschaft hineingetragen wird.

Mit diesen Grundsätzen steht aber gerade die Anwendung des § 181 BGB. in Widerspruch. Er wird in keiner Weise dem durch die Familiengemeinschaft bedingten Vertrauensverhältnis gerecht. Dazu ist diese Vorschrift schon deshalb nicht im Stande, weil sie ein Ausfluß der das BGB. beherrschenden Tendenz ist, die unbeschränkte Freiheit des einzelnen nicht generell, sondern nur in besonders gelagerten Einzelfällen einzuschränken, und zwar im Falle der Vertretung dann, wenn das egoistische Bestreben des Vertreters, zunächst seine persönlichen Ziele zu verfolgen, in einen Gegensatz zu den gleichfalls von ihm durchzusetzenden Interessen des Vertretenen geraten kann oder muß.

Inwieweit eine solche Einschränkung für das Verkehrsrecht in Anbetracht des natürlichen Egoismus des einzelnen Berechtigung hat, soll hier unerörtert bleiben. Festgestellt werden muß aber, daß sie im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern jedenfalls unnötig ist.

Dem bei jedem Menschen vorhandenen Egoismus ist hier eine natürliche Schranke gesetzt durch das zwischen ihnen bestehende nahe verwandtschaftliche Verhältnis.

Natürlich empfindenden Eltern wird es, selbst wenn sie in ihren sonstigen Rechtsbeziehungen zu Fremden noch so rücksichtslos vorgehen, nicht in den Sinn kommen, in ihren von ihnen vertretenen Kindern auch nur gleichgültige Geschäfts„gegner" zu sehen, auf deren Kosten möglichst viele und große eigene Vorteile erreicht werden dürfen.

Naturgemäß völlig unberücksichtigt bleiben kann die Befürchtung vor eigensüchtigem Handeln der Eltern, wenn es sich nicht einmal um Geschäfte zwischen ihnen und den Kindern, sondern nur um solche zwischen zwei minderjährigen Kindern allein handelt, die dabei von ihrem Vater vertreten werden.

Gerade in diesem letzteren Fall zeigt sich besonders, daß eine Regelung, die § 181 BGB. hier automatisch anwendet, nicht Vertrauen, sondern Mißtrauen zum Ausgangspunkt hat; denn sowohl § 181 BGB. wie die auf demselben Gedanken beruhende Vorschrift des § 1795 Ziff. 1 BGB. können dazu führen, daß der Vater bei Geschäften zwischen seinen Kindern völlig ausgeschaltet ist und sie restlos Fremden überlassen muß[127].

Auf Mißtrauen aber kann keine Gemeinschaft, auch nicht die der Familie, aufgebaut werden, zumal, wenn das Mißtrauen so unangebracht ist wie gegenüber den Eltern, die naturgemäß normalerweise eher bereit sind, ihre eigenen Interessen denen ihrer Kinder aufzuopfern, als umgekehrt, sich auf deren Kosten Vorteile zu verschaffen.

Und selbst wenn im einzelnen Fall, z. B. bei einer Erbteilung, bei der etwa der Vater das ererbte Geschäft übernimmt und die den Kindern gewährte Abfindung dem nominellen Wert des Geschäftes nicht voll entspricht, der Vater zunächst auf Kosten der Kinder bevorzugt erscheint, so treten doch auch hier keine ausschlaggebenden Bedenken auf, da ja die Kinder nur vom Vater einen seinen Verhältnissen entsprechenden Unterhalt beziehen, und da sie erst durch ihn und auf seine Kosten einen Beruf und ihre spätere Lebensstellung erlangen. Darüber hinaus kommen die ihnen zunächst entgangenen Vermögenswerte auf die Dauer doch wieder ihnen zugute, da sie regelmäßig im normalen Erbgang die entgangenen Werte wiedererlangen, oder doch das, was der Vater damit erworben hat.

Das Vermögen der Familienmitglieder kann und darf eben nicht rein rechnerisch in einzelne private Vermögensmassen zerlegt, sondern muß immer unter dem übergeordneten Begriff des Familiengutes betrachtet werden.

Vor allem aber ist die Erlangung materieller Vorteile unbedeutend gegenüber dem unbedingt zu wahrenden wertvolleren Frieden und Zusammenhang innerhalb der Familie, der durch die erzwungene Durchsetzung irgendwelcher Ansprüche leicht eine Trübung erfahren kann[128].

Die den Kindern aus dem Familienverhältnis zufließenden ideellen und wirtschaftlichen Vorteile dürfen nicht durch das rein geschäftliche Durchsetzen finanzieller Ansprüche aufs Spiel gesetzt werden.

Diese Gefahr entsteht aber immer durch das Dazwischentreten eines familienfremden Dritten als Pflegers, dem trotz allen guten Willens das letzte Verständnis für die Belange der fremden Familiengemeinschaft abgehen muß, und dessen Stellung es oft zwangsläufig mit sich bringt, daß er Gegensätze in die Gemeinschaft hineintragen muß. Dadurch werden die Eltern geradezu darauf hingewiesen, daß sie in der Lage sind, sich

---

127 Fischer, S. 13.
128 KG. JW. 36, 383 und 2748.

selbst auf Kosten der Kinder zu bereichern, ja, daß das Gesetz Derartiges von ihnen voraussetzt und für natürlich hält.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich deutlich, daß § 181 BGB. im Familienrecht, soweit es sich um das Eltern-Kindesverhältnis handelt, den heute an ein Familienrecht zu stellenden Anforderungen nicht nur nicht entspricht, sondern ihnen sogar entgegensteht. Welche Folgerungen für ein zukünftiges Familienrecht aus dieser Feststellung zu ziehen sind, soll weiter unten aufzuzeigen versucht werden.

§ 10: Die Anwendung des § 181 BGB. bei der Bevormundung eines Ehegatten durch den andern.

Dieselben Fragen tauchen in einer zweiten Gruppe von familienrechtlichen Beziehungen auf, für die das Verhältnis unter den Ehegatten besonders charakteristisch ist.

Und zwar treten § 181 BGB. und die mit ihm zusammenhängenden Probleme besonders dann auf, wenn aus irgend einem Grund der eine Ehegatte zum Vormund des andern bestellt worden ist, aber auch, wenn aus einem sonstigen Grunde der eine zur Vertretung des anderen berechtigt ist, wie z. B. die Frau gemäß § 1357, 1450 BGB.

Ein Fall der Zustimmung ist in diesem Zusammenhang besonders interessant, nämlich der des § 1409 BGB. (§§ 1457, 1519 Abs. 2 BGB.).

Diese Vorschrift bestimmt bekanntlich, daß der Vormund eines Ehemannes — auch wenn die Frau dazu bestellt ist — diesen in der Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten Gut vertritt, also u. a. auch dann, wenn es sich um die Erteilung der ehemännlichen Zustimmung zu einer Verfügung der Frau über eingebrachtes Gut handelt.

Will also die zum Vormund bestellte Frau z. B. ein zum eingebrachten Gut gehörendes Grundstück veräußern, so kann sie die zur Wirksamkeit des dinglichen Vertrages gemäß § 1395 BGB. erforderliche Zustimmung des von ihr bevormundeten Mannes selbst erklären, und zwar auch stillschweigend sich selbst gegenüber, ohne durch die normalerweise für solchen Fall errichteten Schranken des § 181 BGB. daran gehindert zu sein. Praktisch kann sie also über eingebrachtes Gut verfügen, als ob das Verwaltungsrecht des Mannes nicht vorhanden wäre.

Anders ist die Rechtslage, wenn die Frau durch ihren Mann bevormundet wird. Eine Vorschrift gleichen Inhaltes wie § 1409 S. 2 BGB. gibt es für diesen Fall nicht. Der Mann unterliegt also bei Verfügungen über eingebrachtes Gut hinsichtlich der gemäß § 1375 BGB. erforderlichen Zustimmung der Frau voll und ganz den Schranken des § 181 BGB. und muß daher in jedem Fall die Bestellung eines Pflegers zur Erteilung der Zustimmung beantragen[129].

[129] RGI. 22 A. 142; Rohde a.a.O. 154; Staudinger § 1409 Anm. 5; Joutz 48 f.

Der gesetzgeberische Grund für diese unterschiedliche Regelung ist aus den Gesetzesmaterialien[130] ersichtlich. Wenn dort von „Schutz" der Frau die Rede ist, so kann sich das nur auf die vermögensrechtliche Seite des ehelichen Verhältnisses beziehen. Die einseitige Besserstellung der Frau auf Grund des § 1409 S. 2 BGB. ist wohl daraus zu erklären, daß sie, wenn der Mann unter ihrer Vormundschaft steht, nur das volle Recht über ihr Vermögen, wie es ihr vor der Eheschließung zustand, zurückerhalten soll, während der Mann in umgekehrtem Fall bei der gleichen Behandlung mehr erhalten würde als ihm zustehen sollte und je zugestanden hat, nämlich das uneingeschränkte Verfügungsrecht über das eingebrachte Gut, an dem er durch die Eheschließung lediglich das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht erwerben sollte.

Wenn man aber schon derartige rein vermögens- und schuldrechtliche Gesichtspunkte zugrundezulegen für richtig hält, wie es bei der getroffenen Regelung offensichtlich geschehen ist, so ist nicht einzusehen, warum diese Gesichtspunkte einseitig zugunsten des einen Teils zur Anwendung gelangen sollen.

Ebenso wie nämlich die Frau vor unbeschränkten Verfügungen des sie bevormundenden Ehemanns in ihrem Eigentum am eingebrachten Gut zu schützen ist, so hätte auch der von seiner Frau bevormundete Mann ein Recht auf Schutz vor ebensolchen Verfügungen der Frau im Hinblick auf sein Nutznießungsrecht, dem dadurch unter Umständen erhebliche Vermögenswerte entzogen werden können.

Auch sonst sind im ehelichen Güterecht, soweit eine Anwendung des § 181 BGB. in Frage kommen kann, lediglich materielle Gesichtspunkte ausschlaggebend gewesen. Das ergibt sich daraus, daß der Ehegatte als Vormund denselben Beschränkungen — also insbesondere den §§ 1795, 181 BGB. — unterliegt wie jeder andere Vormund auch.

Befinden sich also die Ehegatten, von denen der eine unter der Vormundschaft des andern steht, z. B. in einer Miteigentums- oder Miterbengemeinschaft, so kann der Vormund — und zwar gleichgültig, ob der Mann oder die Frau unter Vormundschaft steht — über einen zum Gemeinschaftsvermögen gehörigen Gegenstand nicht verfügen, ohne daß durch einen Pfleger die erforderliche Zustimmung des Mündels erklärt worden ist.

Die Ehegatten sind in solchen Fällen also nicht anders gestellt, als Eltern und Kinder zueinander stehen, mit allen daraus sich ergebenden bereits erörterten Folgerungen.

Dieser Zustand ist für die Ehe ebenso wenig zu billigen wie für das Eltern- und Kindesverhältnis. Ebenso wenig wie dort hat es aber auch Sinn, mit den Hilfsmitteln des Gesetzeswortlauts Einzellösungen zu konstruieren, ohne den der geltenden Regelung zugrundeliegenden Anschauungen auf den Grund zu gehen und sie zu revidieren.

Solche Konstruktionen sind für die Ehe allerdings auch kaum gemacht worden. Zu erwähnen ist nur der Versuch von Fuchs[131], der dem

---

130 Mot. IV, 287 f., 1165 f. Rohde ZBl. FG. 11, 155.
131 Fuchs, 338, 341.

Mann auf Umwegen eine dem § 1409 S. 2 entsprechende Befugnis einräumen will in der Weise, daß man ihn zwar nicht von § 181 BGB. befreit, wenn er die Zustimmung sich selbst, wohl aber wenn er sie dem Geschäftspartner gegenüber erklärt.

Wie im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt worden ist, kann es für die Anwendbarkeit des § 181 BGB. keinen Unterschied machen, wem gegenüber die Zustimmung erklärt wird. Von diesem Grundsatz kann nicht für einzelne Fälle, in denen die Befreiung wünschenswert erscheint und auf anderem Wege nicht möglich ist, abgewichen werden. Die Auslegung einer Gesetzesvorschrift je nach dem Anwendungsfall zu ändern, geht wegen der dadurch hervorgerufenen Rechtsunsicherheit nicht an[132].

Eine Abhilfe ist vielmehr und zwar auch hier wieder nur in Form einer Gesetzesänderung möglich, indem man aus den heutigen Rechtsanschauungen die für das vorliegende Gebiet anzuwendenden Folgerungen zieht und sie im Gegensatz zu den Grundtendenzen des BGB. setzt.

Das BGB. hat zwar gerade im Eherecht am wenigsten liberalistischen Tendenzen gehuldigt, indem es die Ehe nicht als einen Vertragsschluß auf Herstellung eines Dauerverhältnisses mit gegenseitigen Rechten und Pflichten auffaßte[133], sondern das Moment der Ehegemeinschaft hervorhob — vgl. §§ 1353 f., BGB. — und damit ein ideelles Moment zur Anerkennung brachte. Jedoch ist es hierbei auf halbem Wege stehen geblieben. Es ist nicht so folgerichtig gewesen, diese Lebensgemeinschaft auch auf die vermögensrechtliche Seite auszudehnen. Vielmehr stehen sich die Ehegatten auf diesem Gebiet als Vertreter je eines Vermögens gegenüber, und eine Gemeinschaft auf diesem Gebiet kommt nur in genau umgrenzten und genau abgezirkelten Einzelbefugnissen zum Ausdruck, die in derselben Weise zwischen zwei fremden Personen bestehen könnten.

Es mutet den Ehegatten also zu, sich in zweierlei Eigenschaften gegenüberzutreten. Die eheliche Lebensgemeinschaft verlangt ein unbedingtes Aufgehen der Eigeninteressen in denen des Ehepartners. Das eheliche Güterrecht dagegen läßt ihnen die Möglichkeit und setzt sogar voraus, daß sie ihre materiellen Interessen kühl abwägend gegenüber dem anderen Teil vertreten.

Diese innere Zwiespältigkeit des Gesetzes ergibt sich speziell für den vorliegenden Fall der Bevormundung eines Ehegatten durch den andern aus §§ 1900 Abs. 2, 1778 Abs. 3 BGB., die bestimmen, daß der Ehegatte eines Mündels vor dessen Eltern und Großeltern zwar nicht gestellt werden muß oder soll, aber jedenfalls darf. Es soll also für den Vormundschaftsrichter im Hinblick auf die enge Verbundenheit zwischen den Gatten die Möglichkeit bestehen, dieses nahe Verhältnis nicht durch Einschaltung eines Dritten, und sei er noch so nahe verwandt, zu stören, falls nur der andere Gatte die nötige Gewähr für die ordnungsmäßige Führung der Vormundschaft bietet.

---

[132] In demselben Ergebnis kommt Rohde ZBl. FG. 11, 154. Vgl. auch Mot. I 246.

[133] Lange, 28, Handb. 952; Fischer 12; Siebert, Handb. 959.

In folgerichtiger Durchführung dieses Gedankens hätte der Ehegattenvormund nicht nur — falls es sich um den Ehemann handelt — die durch § 1409 S. 2 BGB. der Frau als Vormund gewährte Stellung erhalten, sondern darüber hinaus ganz allgemein von den Schranken des § 1795 BGB. befreit werden müssen.

Eine derartige Regelung entspräche der heutigen Rechtsanschauung, die den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken nicht nur für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ganz besonders betont, sondern erst recht für das eheliche Verhältnis, das doch erst die Keimzelle für die Familie bildet. Für eine derartige Anschauung sind die vermögensrechtlichen Beziehungen nicht gleichgeordnet, sondern treten hinter der idellen Ehegemeinschaft zurück und gehen in ihr auf. Sie sind nur eine notwendige Begleiterscheinung des auf sittlicher Grundlage beruhenden Ehebandes, ohne demselben auch nur entfernt als gleichbedeutend zur Seite zu stehen.

Diese Auffassung wird auch allein dem natürlichen Rechtsempfinden gerecht. In der normalen Ehe werden zwar vermögensrechtliche Angelegenheiten auch eine Rolle spielen, aber nur in dem Sinn, daß beide Gatten bestrebt sind, das vorhandene Vermögen im Interesse des gemeinsamen Fortkommens und mit Rücksicht auf das Wohl und die Zukunft der von ihnen gegründeten Familie zu verwalten. Eine scharfe Trennung zwischen den einzelnen Vermögensmassen wird nicht gezogen, sondern eine Art von „Familien-Kommunismus"[134] ist auch auf diesem Gebiet ein Ausdruck des natürlichen Zusammengehörigkeits- und Gemeinschaftsgefühls. Die vorhandenen Vermögenswerte werden in erster Linie den idealen Zielen der Ehe in gegenseitiger Übereinstimmung dienstbar gemacht, selbst wenn das Gesetz eine derartige Übereinstimmung zur Wirksamkeit der Verfügung nicht einmal voraussetzt, wie z. B. in § 1376 BGB. Die zwischen den Gatten bestehende Schicksalsgemeinschaft macht vor dem Vermögen nicht halt, sondern wird es erst recht zum Zwecke der Förderung der Familie erfassen.

Unter der Herrschaft einer solchen Auffassung ist eine Vorschrift wie § 181 BGB., die hier nur geeignet ist, das auch in güterrechtlichen Angelegenheiten sich äußernde Gemeinschaftsempfinden der Gatten zu stören und zu beeinträchtigen[135], überflüssig, denn das Streben der Gatten dem gemeinschaftlichen Wohl, der Familie zu dienen, wird nicht dadurch aufgehoben, daß einer der Gatten tatsächlich oder rechtlich am rechtswirksamen Handeln verhindert ist, sondern dieses Streben wird in solchem Fall lediglich durch einen von ihnen verwirklicht. Ihn wird aber auch deshalb das gemeinschaftliche Interesse leiten, weil er durch eine nicht nützliche Verfügung letzten Endes auch sich selbst schädigen würde. Das gilt nicht nur für die Frau, die ohne Zustimmung des Mannes über eingebrachtes Gut verfügt und damit ihr Vermögen vermindert, sondern ebenso im umgekehrten Fall für den Mann, der von einem verringerten eingebrachten Gut auch nur verringerte Nutzungen erhält, und darüber

---

[134] Fischer 12, Lange, Handb. 955. Ges. Vorschl. z. Neugestg. d. Deutsch. Ehesch. R. von Mößmer, Berlin 1935.
[135] Fuchs 419; Joutz 68.

hinaus möglicherweise Vermögenswerte verschleudert, die ihm selbst später im Fall der Not als Unterhalt hätten dienen können.

Wie das Ehegüterrecht überhaupt heute unter dem Gedanken der „Nutzbarmachung der wirtschaftlichen Macht der Gatten zur Förderung der Aufgaben des Ehestandes“[136] steht, so muß diese Tendenz in folgerichtiger Durchführung im speziellem Fall des § 181 BGB. zu seiner Beseitigung führen, weil er wieder eine künstliche Zerlegung der Vermögensmassen herbeiführt, wie sie weder dem Gedanken von der Ehegemeinschaft noch in den meisten Fällen dem Wunsch der Ehegatten entspricht. Das bedeutet keineswegs die Einführung einer vollkommenen Gütergemeinschaft, da ja das Selbstkontrahieren nur in den besonderen Ausnahmefällen des Nichthandelnwollens oder -Könnens eines der Gatten möglich ist, und es im Interesse der Ehegemeinschaft richtiger erscheint, die gemeinsamen Interessen durch ein Mitglied dieser Gemeinschaft als durch einen Außenstehenden vertreten zu lassen.

§ 11: Vorschlag für eine Gesetzesänderung.

Die für eine evtl. Neufassung des Gesetzes zu empfehlende Regelung ist gleichartig für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern sowie für die Beziehungen unter den Ehegatten, soweit es sich um die Anwendung des § 181 BGB. handelt.

Sie geht dahin, daß diese Bestimmung trotz der Gefahren, die das Selbstkontrahieren, auch wenn es sich um durch familienrechtliche Bande verbundene Personen handelt, in sich birgt, in den genannten Gebieten grundsätzlich nicht anwendbar ist.

Als Ersatz für den dadurch entfallenden „Schutz“ des jeweils Vertretenen stehen verschiedene ausreichende Wege zur Verfügung, die zum Teil auch schon heute neben dem § 181 BGB. vorhanden sind.

1. Es besteht zunächst die Möglichkeit, eine grundlegende Änderung der Stellung des Vormundschaftsgerichts herbeizuführen.

Dessen Befugnisse beschränken sich heute bekanntlich[137] im wesentlichen auf das Aufsichts- und Kontrollrecht über die von ihm einmal bestellten Vormünder und Pfleger, ohne daß es in deren Tätigkeit selbst aktiv eingreifen könnte.

Es ist sogar in jedem Fall, wo eine Vertretung erforderlich ist, zwangsläufig dazu verpflichtet, einen Pfleger zu bestellen und kann nicht, wie es z. B. bei der bloßen Erteilung einer Zustimmung sehr oft zweckmäßig sein kann, selbst die Vertreterhandlung vornehmen.

Seine Befugnisse in dieser Hinsicht sind, abgesehen von den Eilfällen des § 1846 BGB. gesetzlich im einzelnen genau festgelegt.

Zu welch unpraktischen und überflüssigen Folgerungen das führt, zeigt sich besonders im Bereich des § 181 BGB. Soll z. B. ein Pfleger für einen an einer Erbauseinandersetzung beteiligten Minderjährigen be-

[136] Lange, Handb. 955.
[137] Vgl. RG. 71, 167; 170.

stellt werden, so muß sich das Vormundschaftsgericht zunächst an Hand des ihm unterbreiteten Materials darüber schlüssig werden, ob die Bestellung erforderlich ist. Damit ist seine Tätigkeit jedoch noch nicht beendet. Hat nämlich der Pfleger den Auseinandersetzungsvertrag abgeschlossen, so muß das Vormundschaftsgericht prüfen, ob es zweckmäßig ist, diesem Vertrag die gemäß § 1822 Ziff. 2 erforderliche Zustimmung zu erteilen. Es muß hier also in die materielle Sachlage eindringen und sie prüfen, wie ein Vertreter des Kindes es muß. Durch den Pfleger wird ihm also keinerlei Arbeit abgenommen.

Wieviel zweckmäßiger wäre es da, wenn es von vornherein handelnd eingreifen, und etwa den fraglichen Vertrag selbst im Namen des Mündels abschließen oder doch den Inhaber der elterlichen Gewalt zur Vornahme des Geschäftes auf dem Wege des Selbstkontrahierens ermächtigen könnte.

Über diese praktischen Erwägungen hinaus sprechen auch noch Gründe psychologischer Art für eine solche Regelung. Es übt auf die Familienangehörigen eine ganz andere Wirkung aus, wenn sie es unmittelbar mit dem Vormundschaftsgericht zu tun haben, dem sie ohne inneres Widerstreben die Autorität einer Behörde und damit des Staates zuzuerkennen bereit sein werden, als wenn plötzlich ein Pfleger, in dem sie vor allem immer eine Privatperson sehen werden, Einblick in Familienangelegenheiten zu erhalten verlangt, der vielleicht nicht immer die nötige Zurückhaltung an den Tag legen und in übertriebenem Pflichteifer sich allzusehr in die internen Familienangelegenheiten einmischen wird. Es kann dadurch leicht eine gewisse Spannung und Verbitterung eintreten, die sich letzten Endes, materiell oder ideell immer zu ungunsten des Mündels auswirken wird, das dadurch aus dem Familienverbande herausgelöst und ihm gegenübergestellt wird, während beim Eingreifen des Vormundschaftsgerichts selbst deutlicher das staatliche Interesse erkennbar ist. Eine solche Erweiterung des vormundschaftgerichtlichen Machtbereichs hätte allerdings nicht starr in dem Sinn zu erfolgen, daß es in allen Fällen, wo bisher eine Pflegerbestellung erforderlich war, unbedingt selbst handeln muß. Vielmehr müßte ihm eine Ermessensfreiheit dahin gelassen werden, daß es auch den gesetzlichen Vertreter allein das Geschäft vornehmen lassen kann, falls er nur die nötige Gewähr für ein unparteiisches Abwägen der Einzelinteressen und eine Berücksichtigung des Gesamtinteresses bietet.

Es wäre so also in der Lage, den Verhältnissen des Einzelfalles Rechnung zu tragen und Mißtrauen in die Redlichkeit des gesetzlichen Vertreters erst dann zum Ausdruck zu bringen, wenn dazu begründeter Anlaß besteht, während die bisherige zwingende Regelung eine Vermutung für die Angemessenheit eines derartigen Mißtrauens in jedem Fall aufstellt.

2. Einer Ausnützung der bei Ausschaltung des § 181 BGB. dem gesetzlichen Vertreter zustehenden Machtbefugnisse über das Mündelvermögen könnte auch durch die Ausdehnung des Zwanges zur Einholung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vorgebeugt werden, wie sie für einzelne, besonders wichtige Fälle schon heute, sowohl für den

Vormund wie für den elterlichen Gewalthaber besteht (Vgl. §§ 1643, 1822 BGB.).

Wenn jedes — mit Ausnahme von ganz gefahrlosen Geschäften wie etwas der Schenkungsannahme, wo sich auch die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts erübrigt, — von dem elterlichen Gewalthaber auf dem Wege des Selbstkontrahierens für das Kind geschlossene Geschäft erst mit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung Wirksamkeit erhielte, so wäre damit einerseits ein reibungsloser Ablauf der Verwaltung des Kindesvermögens insoweit gewährleistet, als nicht durch die umständlichere Pflegerbestellung kostbare Zeit verloren ginge. Anderseits bedeutet dieser Zwang für die Eltern einen ständigen Hinweis auf ihre hohe Aufgabe und Verantwortung hinsichtlich des Kindesvermögens, während die Pflegerbestellung leicht zu einer rein geschäftsmäßigen Betrachtungs- und Handlungsweise führen kann.

Außer diesen beiden vorbeugenden Maßregeln, die den Zweck haben, ein Selbstkontrahieren von vornherein auszuschließen, oder ihm doch wenigstens seine Gefahren für den Vertretenen zu nehmen, können auch solche Maßnahmen erheblich sein, die nur das schon geschehene Subkontrahieren zum Nachteil des Vertrenen ahnden, indem sie entweder eine Wiedergutmachung anordnen oder das dem Vertretenen durch die pflichtwidrige Vertretung zugefügte Übel durch ein ebensolches Übel vergelten. Derartige Vorschriften sind aber nicht nur wegen dieser angedeuteten direkten Folgen von Bedeutung, sondern ebensosehr wegen der von ihnen ausgeübten indirekten Wirkungen. Diese bestehen darin, daß der Vertreter, sofern er nicht schon durch sein natürliches Empfinden für den Vertretenen von einer diesem nachteiligen Handlung Abstand nimmt, es doch dann tun wird, wenn er befürchten muß, daß er die Früchte seines Handelns nicht in Ruhe genießen kann, sondern zur Rechenschaft gezogen werden wird.

Die Wege, an die in diesem Zusammenhang gedacht ist, sind einmal die auch heute schon bestehende Haftung: Jedoch würde, soweit es sich um die Beziehung zwischen Eltern und Kinder handelt, eine Angleichung der elterlichen Haftpflicht an den im Vormundschaftsrecht geltenden § 1833 BGB. wesentlich zu einer sorgfältigen und gewissenhaften Führung der Kindesgeschäfte beitragen. Den pflichtvergessenen Vater besser zu stellen als den ebenso handelnden Vormund, besteht kein Anlaß, da sein Vertrauensbruch weitaus härter zu verurteilen ist als der einer fremden Person, auch wenn sie kraft Amtes handelt.

Als zweite Maßregel der Vergeltung kommt eine Strafbestimmung in Betracht. Eine solche wird vor allem dann eine Rolle spielen, wenn die Haftpflicht wegen Vermögenslosigkeit des Vertreters praktisch wertlos ist. Wie ein derartiger strafrechtlicher Schutz im einzelnen zu gestalten ist, soll hier nicht erörtert werden. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, daß die Strafe sich nicht zum Nachteil des Vertretenen auswirken darf, wie es z. B. dann der Fall sein würde, wenn durch automatische Androhung einer Freiheitsentziehung dem Kind der Ernährer entzogen würde.

Kein Gegeneinwand gegen die vorgeschlagene Ausschaltung des § 181 BGB. auf den genannten Teilgebieten des Familienrechts ist die Be-

hauptung[138], daß auch nahe Familienangehörige notwendig Egoisten seien, denen allzu großes Vertrauen nicht ohne Vorsichtsmaßregeln geschenkt werden dürfe.

Es ist richtig, daß das BGB. dieser Mutmaßung im weiten Umfang Rechnung getragen hat und dabei so weit gegangen ist, natürliche Bande und Gefühle hinter den geschäftsmäßigen Beziehungen zurückzusetzen.

Ebenso richtig ist es auch, daß die neue geläuterte Rechtsanschauung, die nicht für den Egoismus, sondern für das Gemeinschaftsempfinden eine Vermutung aufstellt[139], noch nicht in weiteste Kreise Eingang gefunden hat.

Aber das Gesetz ist nicht dazu da, den Schwächen des Einzelnen Rechnung zu tragen, sondern es soll sich immer die höchststehenden Anschauungen zu eigen machen und so ein Vorbild und Erzieher für die noch nicht so weit Vorgeschrittenen sein. Es stellt in diesem Sinne immer ein Ideal dar für die menschlichen Rechtsbeziehungen und kann sich nicht dem jeweiligen Entwicklungsstand der Rechtsmoral und des Rechtsgefühls anpassen. Es kann nur eine richtunggebende Idee als Vorbild aufstellen und zu ihrer Verwirklichung durch Erziehung des Volksbewußtseins beizutragen suchen[140].

Bei dieser Aufgabe darf es nicht durch kleinliche Schranken den schon Reifgewordenen den Weg versperren, nur, weil ein Teil in der Erfassung des Ideals das Ziel noch nicht erreicht hat. Es kann nur von einem Idealzustand ausgehen und denen, die ihn noch nicht begriffen haben oder ihn nicht verwirklichen wollen, durch Zwangsvorschriften den richtigen Weg weisen und so dazu beitragen, den das Recht beherrschenden Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken im Volksbewußtsein wieder lebendig zu machen.

Dieser Aufgabe entspricht auch die vorgeschlagene Regelung für das Gebiet des § 181 BGB.: Das Gesetz soll nicht deshalb, weil in vielen Fällen die Gewalthaber bei einem Interessenwiderstreit möglicherweise sich zu ihren eigenen Gunsten entscheiden werden, eine für alle geltende Schranke in Form der grundsätzlichen Anwendung des § 181 BGB. errichten, sondern es soll vielmehr durch Ausschaltung dieser Vorschrift denen, die den neuen Geist bereits erfaßt haben, freie Bahn schaffen und nur Möglichkeiten zum Eingreifen im Einzelfall in Form einer strengen Haftung und der Aufstellung einer Strafdrohung offenlassen.

Es hat eine Vermutung für die Redlichkeit und das Verantwortungsbewußtsein des durch Blut und Sippe mit dem Vertretenen verbundenen Vertreters aufzustellen und nicht vom Gegenteil als dem Regelfall auszugehen.

Das Bewußtsein, eine verantwortungsvolle Aufgabe selbstlos durchführen zu müssen, wird den Vertreter leichter zu einem pflicht- und

---

138 Schleicher, a.a.O. S. 166.
139 Levis, ZBl. FG. 11, S. 685.
140 Lange S. 37.

gemeinschaftsbewußten Handeln veranlassen, als von vornherein in sein Handeln gesetztes Mißtrauen.

Gerade im Rahmen des § 181 BGB. ist somit Raum für eine Verwirklichung des beherrschenden Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens. Demgegenüber können Einzeleinwände wie etwa der, daß erfahrungsgemäß z. B. bei Erbteilung die erbittertsten Streitigkeiten entstehen, weil jeder sich durch die von dem andern vorgeschlagene Auseinandersetzungsart benachteiligt fühlt, keine maßgebende Rolle für die Gesetzesgestaltung im Sinne der bestehenden Regelung spielen. Vielmehr sollte gerade diese Tatsache genügender Anlaß sein, um derartige Streitigkeiten — jedenfalls wenn sich Minderjährige und Eltern oder Ehegatten gegenüberstehen — durch Nichtanwendung des § 181 BGB. auszuschalten, selbst wenn es auf Kosten der materiellen Vorteile für einen der Beteiligten geschehen müßte. Die Familieneintracht steht letzten Endes höher als Vermögenswerte, selbst wenn deren Verlust im Augenblick für den Betroffenen sehr hart erscheinen mag.

Über allen Einzelinteressen steht aber die Familienzusammengehörigkeit und -gemeinschaft als Keimzelle der Volksgemeinschaft.

Eine Ausnahme in dem Sinn, daß § 181 BGB. doch anzuwenden ist, muß dann gelten, wenn es sich um direkte, nicht durch die Verhältnisse zwingend gebotene, gegenseitige Verträge zwischen zwei Familienangehörigen handelt, sei es, daß z. B. der Vater von dem Kind ein Grundstück erwerben will, sei es, daß zwischen Ehegatten ein Erbvertrag oder Ehevertrag geschlossen wird.

Die natürliche Gegnerschaft bei derartigen Verträgen, die lediglich durch materielle Gesichtspunkte veranlaßt sind, bringt es mit sich, daß die Beteiligten sich dabei als Vertragsgegner, wenn auch innerhalb der Familiengemeinschaft gegenüberstehen. Das bringt immer einen Interessengegensatz mit sich, der leicht zu einer Übervorteilung des Mündels führen kann. Eine Vermutung für die Vorteilhaftigkeit ist hier nicht vorhanden.

§ 12: Die Anwendung des § 181 BGB. auf den Vormund nach geltendem und zukünftigem Recht.

Dieselben Anwendungsfälle wie bei den bisher behandelten beiden Gruppen von familienrechtlichen Beziehungen können auch im Verhältnis zwischen Vormund und Mündel vorkommen.

Jedoch ist hier eine andere Beurteilung hinsichtlich der Berechtigung des § 181 BGB. am Platze. Das ist begründet wegen der grundsätzlich anders gearteten Stellung, die dem Vormund eingeräumt ist und ihm auch auf Grund der gegebenen natürlichen Verhältnisse zusteht.

Er erhält seine Einwirkungsmöglichkeit auf das Vermögen des Mündels nicht auf Grund natürlicher blutsmäßiger Beziehungen zu demselben, sondern durch richterlichen Akt. Und die durch diesen Akt

hervorgerufenen Beziehungen zwischen ihm und dem Mündel werden kaum jemals die enge verbundene Form annehmen, wie es zwischen Eltern und Kindern und zwischen Ehegatten der Fall ist. Es fehlt nämlich diesen Beziehungen die wesentliche Voraussetzung der sippen- und blutsmäßigen Verbundenheit, durch die erst das restlose Einsetzen für die Interessen des Vertretenen seine natürliche und gefühlsmäßige Grundlage erhält.

Zwar ist auch der Vormund durch sein Amt zu einem ebenso selbstlosen Vertreten der Mündelinteressen verpflichtet, wie es den Eltern gemeinhin schon das Gefühl vorzuschreiben pflegt. Ein solches Gefühl kann jedoch bei dem blutsfremden Vormund nicht ohne weiteres vorausgesetzt und vermutet werden.

Vielmehr wird bei einem Interessenkonflikt spontan sein Gefühl dafür sprechen, möglichst den eigenen Vorteil und damit zugleich den seines eigenen Sippenkreises wahrzunehmen. Erst sein ihm mit seinem Amt in besonderem Maße zur Pflicht gemachtes Verantwortungsbewußtsein gegenüber dem Mündel kann den Ausschlag zugunsten des letzteren geben. Es ist aber ebenso leicht möglich, daß das vielleicht primitive, aber jedenfalls natürliche Bestreben zur Wahrung der eigenen Interessen über die Vernunfteinwände, die die Pflichten des Amtes mit sich bringen, den Sieg davonträgt.

Es muß im Gegensatz zu den bisher behandelten Gruppen der Familienangehörigen, wo Pflicht und Gefühl auf einer Linie liegen, sich decken, festgestellt werden, daß diese beiden, bei jeglichem Handeln eine Rolle spielenden Triebfedern beim Vormund im Falle eines Interessenkonfliktes auseinanderstreben.

Dieser Tatsache ist dadurch Rechnung zu tragen, daß § 181 BGB. im Bereiche des Vormundschaftsrechts anwendbar bleibt.

Grundsätzlich gilt zwar der schon erwähnte erzieherische Zweck des Gesetzes auch auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts; jedoch sind die Grundlagen für eine solche Erziehung mit dem Ziel der völligen Ausschaltung des § 181 im Vormundschaftsrecht noch zu mangelhaft.

Während die Erziehung sich z. B. bei den Eltern darauf beschränken kann, das meist vorhandene natürliche Empfinden in die rechten Bahnen zu leiten, müßte sie beim Vormund zum Ziele haben, den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken entgegen dem Gefühl durchzusetzen.

Ein derartiges Ziel dürfte vorläufig aber noch zu weit gesteckt sein, so wünschenswert es auch sein mag, den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken aus dem Kreis der besonders nahe miteinander verbundenen Personen auf jegliche Rechtsbeziehungen zu übertragen.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich auch, daß die Anwendbarkeit des § 181 BGB. im Vormundschaftsrecht eine Ausnahme erleidet, wenn der Vormund in einem der geschilderten nahen Angehörigkeitsverhältnisse zum Mündel steht, wie es z. B. der Fall ist, wenn die Mutter oder der Ehegatte des Mündels bestellt wird.

---

141 I, 130.
142 JW. 1902, 284.

In solchen Fällen ist nämlich das Vertrauensverhältnis natürlich und blutsmäßig gewachsen und wird durch den richterlichen Akt nicht erst begründet, sondern erhält durch ihn nur seine äußerliche Legitimation.

Eine Ausnahme wäre ferner zu erwägen, für den Fall einer Schenkung des Vormunds an den Mündel und vielleicht auch für die Fälle der Erbteilung, bei denen es sich nur um die Vertretung mehrerer beteiligter Minderjähriger handelt, da hier eigene Interessen des Vormundes von ihm selbst schon beseitigt worden sind oder überhaupt nicht vorhanden waren.

Lebenslauf.

Ich wurde am 14. Juni 1911 als Tochter des Lehrers Hermann Kreuzer geboren. Ich bin evangelisch und Deutsche Reichsangehörige. Die Reifeprüfung legte ich am 15. März 1930 an der realgymnasialen Studienanstalt zu Duisburg ab. Im Sommersemester 1930 studierte ich in München, in den folgenden Semestern bis zum Abschluß des Wintersemesters 1932/33 in Münster i. W. Rechtswissenschaft. Am 27. Februar 1934 bestand ich die Referendarprüfung am Oberlandesgericht zu Hamm i. W. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 21. April 1937 ab.